

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO CON ÉNFASIS EN
DERECHO CIVIL

EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

ALAN ARIEL AGUILAR PINTO

TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR AL
GRADO DE MAGISTER EN DERECHO PRIVADO CON ÉNFASIS EN
DERECHO CIVIL

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ, 2019

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria	vi
Agradecimiento	vii
Resumen	viii
Summary	ix
Introducción	x
CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1 Planteamiento del problema	1
1.2. Justificación e importancia	2
1.3. Objetivos generales y específicos	3
1.4. Hipótesis de la Investigación	4
CAPÍTULO II. EL DAÑO	5
2.1. Concepto doctrinal del daño	5
2.2. Concepto jurisprudencial del daño	7
2.3. El daño en sentido jurídico	8
2.4. El daño en sentido antijurídico	9
2.5. Características del daño	9
2.5.1. El daño debe ser cierto	10
2.5.2. El daño debe ser personal	12
2.5.3. El daño debe ser ilícito	13

2.6. Clases de daños	14
2.6.1. Daño material	14
2.6.2. Daño moral	16
 CAPÍTULO III. EL DAÑO MORAL	 19
3.1. Antecedentes del Daño Moral	19
3.1.1. El Daño Moral antes de la Ley Aquilia	19
3.1.2. El Daño Moral en la Ley de las XII Tablas	19
3.1.3. El Daño Moral en la Ley Aquilia	20
3.1.4. El Daño Moral en la Época de Justiniano	21
3.2. Concepto del daño moral	22
3.3. Elementos del Daño Moral	28
3.3.1. Acción Dañosa	28
3.3.2. Agente	28
3.3.3. Lesión a los bienes extrapatrimoniales	28
3.4. Características del daño moral	29
3.4.1. El daño moral debe ser cierto	31
3.4.2. Carácter personal del daño moral	33
3.5. Indemnización del daño moral	34
3.5.1. El resarcimiento	34
3.5.2. Sanción	35
3.5.3. Reconocimiento del derecho vulnerado	36
3.6. Cuantificación del Daño Moral	37

3.6.1. Valuación del daño moral	41
3.6.2. Valuación Legal	41
3.6.3. Valuación Convencional	43
3.6.4. Valuación Judicial	43
3.7. Prueba del daño moral.	45
3.7.1. Estado actual	45
3.7.2. Motivos procesales que obligan a probar el daño moral en el proceso	47
3.7.3. Motivos de orden sustantivo que obligan a acreditar el daño moral	49
3.7.4. Medios probatorios necesarios para acreditar el daño inmaterial	51
3.8. El daño moral en el derecho comparado	54
3.8.1. Daño moral en Chile	54
3.8.2. Jurisprudencia de Chile	55
3.8.3. Daño moral en Colombia	57
3.8.4. Jurisprudencia de Colombia	59
 CAPÍTULO IV. EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA	 62
4.1. La importancia de la jurisprudencia para el daño moral	62
4.2. Jurisprudencia de Panamá	68
4.2.1. Resumen de Jurisprudencia No. 1	68
4.2.2. Resumen de Jurisprudencia No. 2	79

CONCLUSIONES	90
RECOMENDACIONES	91
BIBLIOGRAFÍA	92

DEDICATORIA

A mi Padre Rosendo Aguilar quien logro inculcar en mí la voluntad y el esfuerzo permanente para llegar a conseguir mis sueños, además es la persona que me inspira a seguir adelante y es mi ejemplo de superación.

A mi Madre Vielka Pinto por todo su esfuerzo y dedicación, sin su guía y determinación no hubiese sido posible lograr mis metas, también por su incomparable amor y cariño, siempre movidos con palabras de confianza y motivación.

A mi Hermano Alexander Aguilar por su comprensión en todo momento.

A mi Hermana Alanis Masiel por enseñarme a tener paciencia para lograr mis objetivos.

A mi Padrino Carlos Rodríguez por su consejo y apoyo incondicional, quien siempre me apoyo e incentivo a terminar mi tesis de maestría.

AGRADECIMIENTO

Gracias le doy a YAHWEH ELOHIM TZEVAOT, por darme la vida, la salud, por todas las bendiciones que me regala día a día, por ser la fuente principal de mi inspiración, por brindarme la voluntad suficiente para llegar a esta etapa de mi vida, donde logre alcanzar la meta de culminar mis estudios de maestría.

A mi Padre Rosendo Aguilar quien estuvo apoyándome en los momentos difíciles y me enseñó a luchar para conseguir mis sueños.

A mi Madre Vielka Pinto quien me brindo consejos y palabras alentadoras de vital importancia para llegar a cumplir mis metas.

A mi Hermano Alexander Aguilar quien estuvo motivándome a lograr mis sueños.

A mi hermana Alanis Masiel, por enseñarme a ser perseverante en mis metas.

Un especial agradecimiento al Profesor Luis Stanziola, por cada minuto de su valioso tiempo que nos ha brindado para la realización de este trabajo de investigación y por su comprensión e interés en que finalicemos con éxito la tesis de la maestría de Derecho Privado con énfasis en Derecho Civil.

¡A todos ellos mi agradecimiento por siempre!

RESUMEN

El daño moral es producto de la evolución de nuestro derecho, debido a los constantes cambios que se dan en la sociedad y la necesidad del hombre de obtener protección de sus derechos personalísimos, que se ha tenido que regular derechos y dar protecciones a situaciones jurídicas que en un principio no la tenían.

Al referirnos al daño moral nos encontramos frente a un panorama subjetivo, con el que no se ve afectado necesariamente el patrimonio de la víctima, sino algo más allá como los son sus sentimientos, su reputación, sus creencias y otros derechos que van intrínsecos en el ámbito subjetivo. Se puede denominar como daño extrapatrimonial, en razón que es el perjuicio que no lesiona el patrimonio de la víctima, ni sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado.

De esta manera cuando se dan afectaciones de índole personal, es cuando surge lo que conocemos como daño moral.

La indemnización del daño moral considera que su finalidad es de resarcimiento, que es una sanción y que constituye un reconocimiento del derecho vulnerado.

Mediante Ley 18 de 31 de julio de 1992, se adiciona al Código Civil el artículo 1644-A, que entra de manera clara a regular el daño moral, dicha norma señala que los daños comprenden tanto los materiales como los morales y define los daños morales como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Como se observa lo que se busca proteger es la afectación de los derechos personales.

Además del concepto de daño moral, la ley señala la existencia de la obligatoriedad de reparación del daño, mediante indemnización en dinero.

SUMMARY

The moral damage is the product of the evolution of our right, due the changes that occur in the society and the need of man to obtain protection of their personal rights, which has had to be regulated as legal situations that at first they did not have it.

To refer the moral damage, we find ourselves faced with a subjective perspective, which the patrimony of the victim is not necessarily affected, but rather something like his feelings, his reputation, his beliefs and other rights that are intrinsic to the victim. It can be denominated as non-pecuniary damage on the that it is the harm that does not harm the victim's assets or income, nor can it be quantified economically with reference to a market value.

In this way, when there are personal affections, it is when what we know as moral damage arises.

The compensation for moral damage considers that its purpose is compensation that is a sanction and constitutes an acknowledgment of the right violated.

By the law 18 of July 31, 1992, the civil code is added to article 1644-A, which clearly enters to regulate the moral damage that indicates that the damage include both the material and the moral and defines the moral damage as the affection that a person suffer in their feelings, affections, beliefs, decorum, honor, reputation, private life, and physical appearance, or in the consideration that of itself have others. As we observe what we seek to protect is the affection of personal rights.

In addition to the concept of moral damage, the law indicates the existence or the obligation to repair the damage through money compensation.

INTRODUCCIÓN

El origen de la figura propiamente tal del daño moral tiene su origen en la doctrina francesa, conocida como “Dommages Morales”, toda vez que al dársele importancia a los valores morales y espirituales existentes, que son de importancia en la sociedad, se procedió a su protección.

Con respecto al daño moral nos encontramos frente a un panorama subjetivo, con el que no se ve afectado necesariamente el patrimonio de la víctima, sino algo más allá como los son sus sentimientos, su reputación, sus creencias y otros derechos que van intrínsecos en el ámbito subjetivo.

De esta manera cuando se dan afectaciones de índole personal, es cuando surge lo que conocemos como daño moral.

La indemnización del daño moral considera que su finalidad es de resarcimiento, que es una sanción y que constituye un reconocimiento del derecho vulnerado.

El resarcimiento consiste en establecer que la indemnización del daño moral va dirigida a restituir el bien lesionado o en su defecto proporcionar una compensación a la víctima que le permita sobrellevar el dolor infligido.

Lo que sucede es que al dar una reparación económica se está proporcionando un tipo de goce que sustituye al del bien afectado.

No siempre la indemnización del daño moral ha de consistir en dinero. La obligación es de reparar el daño causado, por tanto en algunos casos la reparación pudiera consistir en algo distinto al dinero. Es decir, en el caso, que el daño causado a la reputación de una persona, por una publicación falsa que por error se ha hecho en un medio, más que la reparación económica la obligación de publicar la información correcta con la misma prominencia consistiría en la reparación del mismo.

Igualmente la persona que sufre daños psíquicos producto de la acción lesiva y se determina que a través de tratamientos especializados puede reponerse de sus sufrimientos, deberá ser reparada principalmente con la obligación de proporcionarle dicha atención.

Así tenemos que la finalidad de la indemnización es además de reparadora, satisfactoria o compensatoria.

Mediante Ley 18 de 31 de julio de 1992, se adiciona al Código Civil el artículo 1644-A, que entra de manera clara a regular el daño moral, dicha norma señala que los daños comprenden tanto los materiales como los morales y define los daños morales como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Como se observa lo que se busca proteger es la afectación de los derechos personales. La ley señala la existencia de la obligatoriedad de reparación del daño, mediante indemnización en dinero.

Esta investigación se desarrolla en cuatro (4) capítulos, mismos que están íntimamente relacionados entre sí, permitiendo al lector una amplia panorámica del tema para una mejor comprensión del mismo.

En el Capítulo Primero tratamos sobre los aspectos metodológicos, el planteamiento del problema, la justificación, los objetivos y la hipótesis de la investigación.

En el Capítulo Segundo esbozamos las generalidades del daño, los conceptos doctrinales y jurisprudenciales, las características y las clases de daños.

En el Capítulo Tercero describimos la figura del daño moral, los antecedentes del daño moral, el concepto, los elementos, las características, la indemnización, la prueba del daño moral y el daño moral en el derecho comparado.

En el Capítulo Cuarto detallamos el daño moral en la legislación panameña, la importancia del daño moral y la jurisprudencia de Panamá con respecto al daño moral.

Para finalizar presentaremos las conclusiones, recomendaciones y bibliografía.

Esperamos que sea de su agrado y comprensión el tema a tratar, tomando en cuenta que vivimos en un mundo de constantes cambios, incentivándonos a la investigación para nuevos métodos o soluciones de futuros problemas que se puedan presentar en nuestra sociedad.

CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Planteamiento del problema

Al hablar de indemnización por daño moral entramos al terreno de lo subjetivo. Debido a que se trata de un daño que no afecta el patrimonio de la víctima.

Es así, que surge como planteamiento del problema, el siguiente cuestionamiento:

¿Es adecuado efectuar la indemnización del daño moral con dinero, ya que no se trata de una disminución patrimonial?

1.2. Justificación e importancia

- La justificación de esta investigación nos permite establecer el papel fundamental del daño moral en la legislación panameña.

- La importancia del daño moral, nos permite profundizar en el concepto, indemnización y cuantificación en la legislación panameña.

1.3. Objetivos generales y específicos

Objetivos Generales

- Analizar el concepto del Daño Moral en la Legislación Panameña.
- Establecer la importancia del daño moral en la jurisprudencia panameña.

Objetivos Específicos

- Detallar la evolución del daño moral.
- Describir las características del daño moral.
- Determinar la indemnización del daño moral.
- Definir la prueba del daño moral.
- Analizar el daño moral en la legislación panameña.

1.4. Hipótesis de la Investigación

Para efectos de este trabajo, se entiende como hipótesis de la investigación las explicaciones tentativas del fenómeno investigado y las mismas surgen del planteamiento del problema. En este caso estamos frente a la hipótesis de la investigación.

El daño moral tiene distintas facetas de la protección a los derechos de la persona humana, por lo cual es importante profundizar que es daño moral en la legislación panameña.

Por lo cual buscamos establecer el ámbito de las interrelaciones humanas profundizando en los elementos que caracterizan la existencia de un daño moral, su valoración y cuantificación.

Pretendemos establecer el mecanismo adecuado para hacer valer el derecho a la indemnización del daño moral.

CAPÍTULO II. EL DAÑO

2.1. Concepto doctrinal del daño

El daño es la pérdida o menoscabo económico que sufre una persona en su patrimonio, así como también el sufrimiento o dolor que se le cause a una persona, teniendo como objetivos que se le indemnice o se le repare los agravios cometidos.

Es importante destacar lo que señala nuestro Código Civil, en su artículo 1644, el cual expresa lo siguiente:

“Artículo 1644: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Si la acción u omisión fuere imputable a dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable por los perjuicios causados”.

De la norma transcrita podemos señalar que para que esa acción u omisión cause daño, es necesario que la conducta errónea provenga de negligencia o falta de cuidado, que se trate de un proceder culpable o de una actitud malévola o intencional, solo así, surge la obligación de reparar el daño.

Tal como lo indica la norma anteriormente señalada en su segundo párrafo, al referirse al sujeto solidariamente responsable, es decir, que existiendo dos o más imputables, cada uno de ellos está obligado a responder por entero del

pago de los perjuicios ocasionados, por privación de bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso.

El autor Javier Tamayo Jaramillo señala que “el daño es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”.¹

Para el Profesor Arturo Alessandri el daño es “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, o molestias que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”²

De igual manera el Dr. Gilberto Martínez Rave nos “dice que el daño es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que sea un interés patrimonial del ofendido, el que se afecte para que exista el daño. Si ese interés se encuentra protegido normativamente como un derecho real o subjetivo, no pierde su categoría de interés, y su desconocimiento, violación o detrimento origina el daño indemnizable, desde el punto de vista jurídico”.³

En otra definición, el autor Juan E. Lombardi, se refiere al daño como “todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de

¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II. Editorial Temis. Colombia. 1989. Pág. 5.

² ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal. Santiago de Chile. 1987. Pág. 138.

³ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1998. Pág. 160

un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”.⁴

Por otra parte el autor Jorge Bustamante Alsina nos indica que el daño “significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen, daño patrimonial, y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones”.⁵

2.2. Concepto jurisprudencial del daño

De acuerdo a la jurisprudencia argentina establece lo siguiente:

“El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso.⁶

Teniendo en cuenta lo expresado por la corte en esta sentencia, si no hay daño no puede hablarse de responsabilidad civil contractual ni extracontractual, además cuando se demanda por responsabilidad civil, se debe

⁴ LOMBARDI, Juan E. La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Panameño. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá. 1965. Pág. 69.

⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1993. Pág. 167.

⁶ La Sala primera de lo Civil, en la sentencia 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992

demostrar el daño que fue causado y le corresponde la carga de la prueba a quien demanda, es decir, el demandante está en la obligación de probar la existencia de dicho daño.

2.3. El daño en sentido jurídico

Se puede decir que el daño como fenómeno jurídico, se desprende de las fuerzas de la naturaleza actuadas por el hombre, mediante la cual puede crear o incrementar una situación favorable o puede también destruirla o limitarla.

Desde este punto de vista, el concepto de daño se presenta amplio, toda vez que no limita el número de lesiones o perjuicios a los que pueda aplicarse la denominación de daño.

El daño, se puede apreciar fácilmente, ya sea como fenómeno físico o como un fenómeno jurídico, y por ende susceptible de ser jurídicamente calificado y es desde este punto de vista que nos interesa.

En el mismo sentido, el daño tiene efecto jurídico toda vez que el perjuicio sufrido por una determinada persona, es causada por la inobservancia de la norma, tras la cual impone una determinada conducta y al no ser obedecida produce el efecto desfavorable.

El efecto jurídico causado por el daño, consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la reparación, y en tal sentido, no puede derivarse nada más que de los hechos del hombre.

No obstante, sobre este particular, observamos que el deterioro o destrucción material de una cosa o de una situación constituye daño en sentido físico, más no jurídico, pero para que pueda hablarse de un daño en sentido jurídico es necesario que sean bienes jurídicamente hablando.

Por tal motivo, se dice que las cosas o situaciones son protegidas cuando el Estado en su soberanía faculta a los particulares para que las disfruten y siendo así el titular de los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, deben ser respetados por los demás.

2.4. El daño en sentido antijurídico

Al respecto, se puede decir también que la palabra antijurídico, puede ser el daño producido por un acto humano contrario a la moral, pero tan solo en cuanto la moral penetra en la esfera del derecho.

La relación daño-antijuridicidad es esencial, o sea, que no hay daño sino hay antijuridicidad, es decir, sino se vulnera un derecho real o subjetivo reconocido expresamente en la normatividad objetiva.

2.5. Características del daño

Para que el daño causado pueda ser reparable y el agraviado pueda solicitar el resarcimiento por los perjuicios causados, el mismo debe tener ciertas características propias de la figura del daño resarcible:

2.5.1. El daño debe ser cierto

Es decir que el daño sea real en el sentido que se pueda determinar la existencia del mismo, ya sea en el pasado o en el futuro, una verdadera certeza que justifique la existencia del daño.

La certidumbre del daño se contrapone a lo hipotético o eventual del perjuicio. Señala ZANNONI que “el daño debe ser real y efectivo no meramente conjetural o hipotético.”⁷

De esta manera lo manifestó la jurisprudencia de Costa Rica al señalar en Sentencia 729 de 29 de septiembre de 2005 que “se ha establecido que el menoscabo debe de ser cierto, real y efectivo, o sea, no es indemnizable aquel daño eventual o hipotético fundado en supuestos y conjeturas.”⁸

De lo anterior podemos colegir que el daño debe responder a una situación realista, pero que el daño sea cierto no quiere decir que se elimina la indemnización del daño futuro, que no ha sucedido aún, con tal que sea cierto, esto es, que no quepa duda de que va a ocurrir.

En este mismo orden de ideas el autor Luis Díez Picazo señala que “El daño debe ser cierto, realmente existente, lo que excluye los puramente hipotéticos o eventuales, pues pueden producirse o no.”⁹

El autor Adriano de Cupis sostiene “conviene precisar que aunque sea aproximado, o con una certeza relativa, no deberá de ser una auténtica certeza,

⁷ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual. Universidad de la Sabana, 2009.

⁸ Sentencia de 729 de 29 de septiembre de 2005. Poder Judicial de Costa Rica. <http://www.poder-judicial.go.cr/>

⁹ DIEZ PICASO, Luis, Sistema de Derecho Civil, vol.II, Tecno 2012.

que no puede confundirse con una mera posibilidad o eventualidad futura ya que, aun reconociendo que es tarea que en la práctica puede devenir ardua, tiene un verdadero elemento razonable. Una circunstancia que permite tomar en consideración el daño futuro es cuando se muestre como el desarrollo o continuación de un daño presente, o sea que ya se está produciendo.”¹⁰

En relación a lo anterior la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Panamá en Sentencia de 11 de junio de 2008, estableció que “Para que surja la responsabilidad civil extracontractual establecida en el artículo 1644 del Código Civil que con la infracción se alega, es menester que se haya producido un daño material o moral. Quien pretenda el resarcimiento de un perjuicio, por tanto, debe acreditar su existencia, es decir, que debe llevar a conocimiento del juzgador, a través de los medios de prueba correspondientes, el daño y su cuantía. No basta con señalar en qué consiste el daño, sino que hay que probar su ocurrencia, es decir, demostrar que los mismos se han producido para que proceda su reparación.” Con este fallo la corte es enfática al señalar que el daño que se alega haber sufrido por parte del solicitante debe existir y acreditarse ante el juzgador, por lo que es importante que el daño sea cierto para que el mismo deba probarse y así obtener la reparación del mismo.

En cuanto al daño que se configura en el futuro la Corte Suprema de Justicia de Panamá, ha mencionado que no es necesario que el daño sea actual, basta con que el mismo sea futuro siempre que sean concretos. Así en Sentencia de 7

¹⁰Velásquez Posada, Obdulio, Responsabilidad Civil Extracontractual, Universidad de la Sabana. Colombia. 2009.

de febrero de 2012 señaló que: “Se ha dejado establecido la afectación psicológica que le aqueja a la demandante, y que es producto de lo acontecido el 7 de diciembre de 2004, así como la posibilidad que los medicamentos que se prescriben para tal fin, puedan ser de por vida.

Ante esa circunstancia, existe la posibilidad que la demandante tenga que estar medicada de por vida por la afectación que en estos momentos está pasando; por tanto, no puede determinarse o concluir de manera contundente que no exista la certeza que en el futuro lo pueda seguir padeciendo, por lo que en ese sentido, debe asegurarse esa probabilidad, a que se establezca que no es una certeza y se le prive de esa necesidad que surge del incidente ocurrido, ya que, de no haber sido así, no sería necesario que dependiera de dichos medicamentos. Por ese motivo, no puede entonces concluirse que por esa situación, no dé lugar a indemnización.”

2.5.2. Debe ser personal

Esta característica de que el daño debe ser personal hace referencia, a que la persona que solicita la reparación del daño debe ser quien lo ha sufrido, lo cual está vinculado con la legitimidad para actuar dentro de un proceso por daños. “El daño personal puede ser directo (el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado) o indirecto (cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado.”¹¹

¹¹ BUSTAMANTE Alsina Jorge, pág 158 (Citado por GERSI, Carlos A., Responsabilidad Problemática Moderna. Ediciones Jurídicas Cuyo. Argentina.)

Los MAZEAUD señalan al respecto que “Tan solo puede reclamar reparación del daño aquel que lo ha sufrido.”¹²

El artículo 1644a del Código Civil, establece que: la persona que sufra afectación en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, tiene el derecho a que el mismo sea reparado por quien lo causó.

De lo anterior se colige que estos derechos mencionados que tienen el carácter de personalísimos, inherentes a la persona a la cual se le causa un daño interno, es la que tiene la legitimidad para solicitar el resarcimiento del mismo.

2.5.2. Debe ser ilícito

La ilicitud del daño es una de las características propias del mismo, toda vez que se constituye en daño, porque precisamente es ilícito, contrario a la ley.

El daño es ilícito cuando la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo; sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa material respecto de un derecho, cierto frente a la persona que lo reclama.

Existen ciertos eventos en que el daño causado, se encuentra justificado, bien sea por ministerio de la ley, como en los casos de estado de necesidad, legítima defensa, autoayuda, ejercicio de un derecho.

¹²MAZEAUD Y TUNC, (Citado por GERSI, Carlos A., Responsabilidad Problemática Moderna. Ediciones Jurídicas Cuyo. Argentina.)

2.6. Clases de daños

Atendiendo a la naturaleza del bien jurídico que ha sido lesionado, la doctrina acepta de forma uniforme la clasificación del daño en la que se distinguen los daños materiales y los daños morales.

2.6.1. Daño material

Hablamos de daño económico o patrimonial si existe un perjuicio material como requisito previo para poder alegar reparación. Es aquel que se puede traducir a una cifra numérica o una cantidad líquida en dinero. Son daños tangibles y afectan el patrimonio económico de una persona; ejemplo casa, créditos personales, hacienda y vehículos.

Se puede decir entonces, que daño económico es la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio.

Es así, como podemos llegar a definir el daño económico, como la disminución del patrimonio, el cual puede presentarse como daño y no como perjuicio.

En ese mismo orden, es necesario dar un concepto de patrimonio. Tenemos que este concepto, se refiere a una necesidad económica, refiriéndose a cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material y por ende valorable, ya sea, por su naturaleza material o por su naturaleza tradicionalmente en dinero, que cumpla con los requisitos para satisfacer una necesidad económica.

El daño económico o patrimonial puede clasificarse a su vez en daño emergente y lucro cesante.

Daño emergente: es una disminución efectiva del patrimonio, algo que está o estaba en el patrimonio de una persona y que resulta sustraído por consecuencias de un hecho dañoso. Es decir, es la privación de algo que tiene un valor económico en nuestro patrimonio. Hay daño emergente cuando un bien económico, dinero, cosas, servicios, salió o saldrá del patrimonio de la víctima.

En nuestro ordenamiento jurídico, se establece el daño emergente en el artículo 991 del Código Civil de la siguiente manera:

“Artículo 991. La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos anteriores”.

En ese mismo orden, vemos que la valorización del daño se ha de establecer respectivamente por el valor corriente o en relación a la repercusión que por el daño sufra el patrimonio lesionado.

Finalmente como se desprende de la norma antes citada, el daño emergente es el menoscabo efectivo y experimentado por la víctima en su persona o bienes y comprende tanto las pérdidas materiales o disminución efectivamente

padecidos por los acreedores en su patrimonio, como los daños morales que le hubiere irrogado el hecho ilícito.

Lucro cesante: los antiguos, la denominaron *lucrum cessans* que viene a ser la frustración de un aumento del patrimonio, algo que si bien no está en el, estaría de no haberse producido el hecho dañoso o por que no se llegó a cumplir en tiempo oportuno. Hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.

2.6.2. Daño moral

En cuanto al daño moral, podemos mencionar que el mismo tuvo presencia dentro del derecho romano, aunque no de la forma en que lo conocemos hoy día, sin embargo tal como lo manifiesta el autor Valencia Zea al señalar lo siguiente “la posibilidad de la reparación de daños inmateriales arranca desde el derecho romano, en el que se conocieron la injuria y la *actio iniuriarum aestimatoria*, ex generali edicto, por la que se permitía al ofendido, mediante juramento, estimar los daños causado al honor propio, a la familia, a la persona o a la libertad, aunque no se hubieran causado daños materiales”.¹³

Lo anterior es en virtud de que al ciudadano romano se le protegía su dignidad, lo que se conocía como “*existimatio*”, con la finalidad de evitar el

¹³ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo III De las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1986.

menoscabo en su honor o reputación, siempre en protección del hombre libre no así del esclavo.

Esto se da en la evolución que fue teniendo el derecho romano, en la que se va reconociendo la posibilidad de un daño moral, esto en atención a la protección de un derecho personalísimo como lo es el honor de las personas, a través de la figura de la injuria.

En cuanto al valor económico o patrimonial que se le daba por el daño causado, vemos que era la propia persona injuriada o víctima la que determinaba los daños causados; esto debido a la imposibilidad de establecerse un valor económico. No obstante existían casos específicos en los cuales la cuantía para el resarcimiento estaba fijada.

Por otro lado es importante mencionar lo que en el derecho común se conocía como el Pretium Doloris o precio del dolor, con el cual se le daba cabida al resarcimiento de un daño que no consistía en uno patrimonial sino en un daño inmaterial, sobre ello nos ilustra Díez-Picazo al señalar “que, según Dernburg, existen huellas de este derecho, por lo menos desde el siglo XV, y la práctica encontró un punto de apoyo en la Carolina (artículos 20 y 21), según la cual a la persona injustamente torturada se le concedía el resarcimiento por el dolor. El resarcimiento se concedía también a la mujer que a causa del daño veía disminuir la probabilidad de casarse. El pretium doloris no se consideraba pena,

sino resarcimiento y compensación por el dolor sufrido, por lo cual la obligación pasaba a los herederos del causante del daño”.¹⁴

El origen de la figura propiamente tal del daño moral tiene su origen en la doctrina francesa, conocida como “Dommages Morales”, toda vez que al dársele importancia a los valores morales y espirituales existentes, que son de importancia en la sociedad, se procedió a su protección.

¹⁴ Cruz Mejía, Andrés, La Responsabilidad Civil en el Código de Napoleón. La Base de su Estructura Dogmática. Revista de Derecho Privado No. 11, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr2.htm>.

CAPÍTULO III. EL DAÑO MORAL

3.1. Antecedentes del Daño Moral

3.1.1. El Daño Moral antes de la Ley Aquilia

En este período, los romanos consideraban el daño en forma muy amplia hasta en cierta medida confundirlo con el dolo. Es decir, la sola existencia de un daño, hacía merecedor de una pena al causante de éste, sin tomar en consideración el grado de responsabilidad del mismo. Eran los elementos puramente objetivos los que primaban ante los subjetivos.

Existía un criterio riguroso y, hasta exagerado, en la aplicación de las penas, lo que muchas veces llevaba a aplicar penas que no guardaban relación con la gravedad del hecho dañoso.

3.1.2. El Daño Moral en la Ley de las XII Tablas

En esta ley se le da el carácter de delito a todo daño que se causara y a su vez el carácter de pena a la sanción que se impusiera por razón de éste.

La Ley de las XII Tablas consideraba iniuria los ataques a la persona física, heridas, golpes más o menos graves, sin distinguir si había intención de causar el daño o simplemente imprudencia. Establecía la pena del talión para la injuria más grave: la pérdida de un miembro, *membrum ruptum*, a menos que se pactara entre las partes una composición pecuniaria. Pronunciaba para la fractura de un hueso una multa de 300 ases o de 150 ases, según que la víctima

fuera un hombre libre o un esclavo; y una multa de 25 ases para las injurias leves.

Estas penas cayeron luego en desuso y el Pretor las sustituyó por una pena pecuniaria en relación con la gravedad de la injuria y obtenida mediante la Acción Iniuriarum.

Con la Ley Cornelia, se permitió a la víctima de la injuria escoger entre la Acción Iniuriarum o una persecución criminal en casos de golpes y violación de domicilio.

La Acción Iniuriarum era concedida a la persona afectada, y si esta era un alieni iuris la acción podía ser ejercida por el jefe de familia, quien entonces podía ejercer dos acciones; en su nombre y en nombre de la víctima. Igual derechos tenía el marido por el insulto hecho a su mujer.

Se comenzó a tomar en cuenta los elementos subjetivos del autor del daño. A los impúberes se les eximió de pena y también se reemplazó la venganza privada por la intervención del poder público.

3.1.3. El Daño Moral en la Ley Aquilia

La Ley Aquilia tuvo su origen en tiempos de la República y su nombre corresponde a que fue propuesta por el Tribuno Aquilius en el año 408 de Roma.

La Ley Aquilia contenía tres capítulos en los que se regulaba y reprimía como delito el daño causado en determinadas condiciones. Establecía que para que el

daño constituyera un delito debía: a. Consistir en una destrucción material de una cosa corporal y que fuera causado por el cuerpo o contacto mismo del autor del daño. Esto último fue después superado por la jurisprudencia. b. El daño debía ser causado sin derecho; ya sea porque se hubiere obrado con dolo o culpa. c. El daño debía provenir de un hecho del hombre.

El autor del daño tenía la obligación, en virtud de la Ley Aquilia, de pagarle al afectado una cantidad de dinero igual al valor más elevado que el objeto del daño haya alcanzado en el año que ha precedido al delito.

Primeramente, se le concedió acción para la reparación del daño al propietario del bien que sufría el daño, posteriormente se admitió esta acción también para todos aquellos que tenían un ius in re sobre la cosa dañada. Por medio de la Actio Legis Aquiliae obtenían no sólo el resarcimiento de todo perjuicio sufrido sino también del damnum emergens y el lucrum cessans.

3.1.4. El Daño Moral en la Época de Justiniano

Al subir al trono Justiniano (527 a.C.) tuvo entre sus principales objetivos la reestructuración y compilación de las leyes romanas existentes ya que desde hacía siglos, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las obras de los jurisconsultos y las constituciones imperiales llenaron millares de volúmenes, cuyas reglas de derecho formaban un verdadero caos.

De este trabajo de compilación que emprendió Justiniano junto a los más preclaros juristas romanos, se obtienen cuatro colecciones: El Código, el Digesto, las Instituciones y una nueva Edición del Código.

En el año 530 a.C., Justiniano encarga a Triboniano la elaboración del Digesto, uno de los mayores legados del Derecho Romano, compuesto de extractos de escritos de los jurisconsultos que tenían el *ius respondendi*. Este trabajo fue publicado en el año 533 a.C.

Fue en el Derecho de Justiniano que se evoluciona en la calificación de los daños. Se comienza a admitir la acción por daños en que no hay una lesión material a la cosa.

3.2. Concepto del Daño Moral

El autor Zannoni nos dice que “daño moral es sinónimo de agravio moral, señalando que daño moral-agravio moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico”.¹⁵

Arturo Alessandri, señala que “El daño moral, en cambio, no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria, el patrimonio de la víctima está intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o

¹⁵ ZANNONI, Eduardo A. El Daño en la Responsabilidad Civil. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1987. Pág. 287.

afectos. De ahí que a la indemnización que lo repare se la denomine *pretium doloris*.”¹⁶

El autor mexicano Manuel Bejarano Sánchez, señala que el daño moral es “la lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afecciones, creencias, honor o reputación, o bien en la propia consideración de sí mismo como consecuencia de un hecho de terceros, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado.”¹⁷

Por su parte Jorge Bustamante Alsina señala “Podemos definir entonces el daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria.”¹⁸

En otra definición “Daño moral es el que sufre alguien en sus sentimientos, en su honor, en su consideración social o laboral, a causa del hecho dañoso.”¹⁹

Así pues, pudiéramos esbozar el daño moral como los agravios o desmedros que sufre una persona en sus bienes inmateriales y que no representan una disminución de su patrimonio, más, sin embargo, dan lugar a una reparación fundamentalmente en dinero.

Valencia Zea, atinadamente describe el daño moral “como una lesión a determinado sentimiento de la víctima los que conforme a la costumbre son

¹⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal. Santiago de Chile. 1987. Pág. 220.

¹⁷ BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial Harla. México. 1984. Pág. 246.

¹⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1993. Pág. 234.

¹⁹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo III. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1983. Pág. 14.

dignos de respeto, como sucede con el dolor que experimenta la madre por la muerte trágica de su hijo, o la violación sexual a que fue sometida una mujer, todos estos sentimientos de orden afectivo, estético de orden moral, u otros de naturaleza análoga.”²⁰

El Código Civil y Comercial de Argentina, en los artículos 1737 y 1738, define daño y su respectiva indemnización de la siguiente manera:

Artículo 1737. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Artículo 1738. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

El Código Civil de Perú, en los artículos 1984 y 1985, define el daño moral y la indemnización de la siguiente manera:

²⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III de las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1986. Pág. 188.

Artículo 1984. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Nuestro Código Civil en su artículo 1644-a, define de una manera amplia el daño moral de la siguiente manera:

Artículo 1644-a. Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una

indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual. Si se tratare de responsabilidad contractual y existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al artículo 1645 del Código Civil.

Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios

informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

La parte social en el daño moral comprende el honor, la reputación, la consideración de la persona y las heridas que causan lesiones estéticas protegidas por las leyes que sancionan la calumnia y la injuria.

La parte afectiva en el daño moral está constituida por los sentimientos del amor, los sufrimientos por el fallecimiento de una persona amada, o deterioro de objeto material representativos de valor de afección. Se puede decir, entonces que el agravio moral es el que afecta y lastima los sentimientos.

Para finalizar el daño moral puede ser definido como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos, ya sea que se caracterice al daño moral como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o espiritual o a las afecciones legítimas.

3.3. Elementos del Daño Moral

3.3.1. Acción dañosa: debe existir la acción que trajo como consecuencia un daño, es decir la afectación de un bien de la víctima tutelado por la ley.

La acción dañosa es de capital importancia puesto que se debe determinar que dicha acción efectivamente causa algún tipo de agravio a los bienes extrapatrimoniales de la víctima. Esto es lo que se denomina el nexo de causalidad entre la acción y el daño ocasionado.

3.3.2. Agente: El daño causado debe haber sido ocasionado por un agente distinto a la víctima. El daño imputable a la misma víctima carece de justificación para reclamo alguno.

El agente causante del agravio debe ser efectivamente responsable del daño.

Así pues tenemos que, además del nexo de causalidad entre la acción y el daño causado, debe existir la relación entre el agente, distinto a la víctima, y la acción causante del daño.

3.3.3. Lesión a los bienes extrapatrimoniales: cuando hablamos del daño moral, la indemnización que surge producto del agravio, es específicamente consecuencia de la lesión a los bienes extrapatrimoniales del agraviado.

Los bienes morales de las personas son aquellos que no pertenecen a su patrimonio económico, es decir, que no tienen una equiparación en dinero.

Estamos en presencia de un daño moral, cuando una persona es afectada, en su consideración de sí misma, en sus creencias religiosas, en su honor, en su reputación, en sus sentimientos y afectos, en su configuración o aspecto físico, es afectada en sus bienes extrapatrimoniales.

3.4. Características del Daño Moral

En nuestro derecho positivo el daño moral se encuentra regulado en el artículo 1644a del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 1644-A. Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual. Si se tratare de responsabilidad contractual y existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado, las instituciones

descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al Artículo 1645 del Código Civil.

Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.”

En primer lugar debe haber un daño el cual debe producirse en los sentimientos, honor, imagen, decoro, sentimientos, creencia, reputación y vida privada de la persona afectada, lo cual debe estar acreditado.

La Corte Suprema de Justicia sobre la existencia del daño en Sentencia de 31 de julio de 2000 señala lo siguiente: “Si bien algunos autores consideran que habiéndose demostrado el daño material causado en la víctima, no se requiere probar el daño moral, para otros, en cambio, el daño moral no se presume y su reconocimiento requiere por lo menos prueba de indicios, que en el caso sub-júdice, lo constituyen los suficientes elementos probatorios con que se acreditó el daño causado a la víctima (el menor), así como la relación de parentesco de esta con los demandantes lo que hace concluir a la Sala, la existencia de afectación crítica en lo que se vieron subsumidos, hechos estos que en cualquier forma producen en el responsable del daño moral la obligación de repararlo, obligación ésta que tiene fundamento en el artículo 1644-a del Código Civil.”

De la norma antes citada podemos señalar las características del daño moral:

3.4.1. El daño moral debe ser cierto: es decir que el daño moral sea real en el sentido que se pueda determinar la existencia del mismo, ya sea en el pasado o en el futuro, una verdadera certeza que justifique la existencia del daño moral.

La Corte Suprema de Justicia ha mencionado sobre el daño futuro al señalar que no es necesario que el daño sea actual, basta con que el mismo sea futuro siempre que sean concretos. Así en Sentencia de 7 de febrero de 2012 señaló que: Se ha dejado establecido la afectación psicológica que le aqueja a la

demandante, y que es producto de lo acontecido el 7 de diciembre de 2004, así como la posibilidad que los medicamentos que se prescriben para tal fin, puedan ser de por vida.

Existe la posibilidad que la demandante tenga que estar medicada de por vida por la afectación que en estos momentos está pasando; por tanto, no puede determinarse o concluir de manera contundente que no exista la certeza que en el futuro lo pueda seguir padeciendo, por lo que en ese sentido, debe asegurarse esa probabilidad, a que se establezca que no es una certeza y se le prive de esa necesidad que surge del incidente ocurrido, ya que, de no haber sido así, no sería necesario que dependiera de dichos medicamentos. Por ese motivo, no puede entonces concluirse que por esa situación, no dé lugar a indemnización.

Lo antes indicado ha sido explicado por Tamayo Jaramillo de la siguiente manera:

"...No ocurre lo mismo con el perjuicio futuro, en el que, a causa del álea del espacio, del tiempo y del ámbito fenoménico, la certeza funciona de manera relativa y solo la ley de las probabilidades permite afirmarlo. Esto es importante si se tiene en cuenta que el daño futuro es indemnizable, en lo cual coincide la mayoría de los autores. En consecuencia, el daño futuro es indemnizable, aunque no haya certeza absoluta de su realización, a condición, desde luego, que aparezca virtual y no simplemente como una mera eventualidad.

"... Virtual quiere decir que en el curso normal de los acontecimientos el daño muy seguramente se producirá. Es decir, solo eventos extraordinarios e inesperados harán variar la cadena causal."²¹

3.4.2. Carácter personal del daño moral: El artículo 1644a, del Código Civil, al establecer que la persona que sufra afectación en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, tiene el derecho a que el mismo sea reparado por quien lo causó.

De lo anterior se colige que estos derechos mencionados que tienen el carácter de personalísimos, inherentes a la persona a la cual se le causa un daño interno, es la que tiene la legitimidad para solicitar el resarcimiento del mismo.

Aunado a lo anterior la norma civil manifiesta que sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida, lo que nos indica que le corresponde al mismo afectado solicitar la reparación del daño moral producido, lo cual no puede ser transmisible.

Es por lo anterior que se habla de daño moral independiente, al referirse al daño producido de manera principal, por ejemplo los que se dan en contra del honor, la imagen, etc. que corresponden a derechos personalísimos, como también daño moral dependiente que sería aquel que se produce por

²¹ Citado en Sentencia de 7 de febrero de 2012, Corte Suprema de Justicia de Panamá.

consecuencia de un hecho ilícito como podía ser el causado por lesiones personales, que afectan físicamente a las personas.

3.5. Indemnización del daño moral

La indemnización del daño moral considera que es una sanción y que constituye un reconocimiento del derecho vulnerado.

3.5.1. El resarcimiento: consiste en establecer que la indemnización del daño moral va dirigida a restituir el bien lesionado o en su defecto proporcionar una compensación a la víctima que le permita sobrellevar el dolor infligido.

Lo que sucede es que al dar una reparación económica se está proporcionando un tipo de goce que sustituye al del bien afectado.

No siempre la indemnización del daño moral ha de consistir en dinero. Recordemos que la obligación es de reparar el daño causado, por tanto en algunos casos la reparación pudiera consistir en algo distinto al dinero. Por ejemplo en el daño causado a la reputación por una publicación falsa que por error se ha hecho en un medio, más que la reparación económica la obligación de publicar la información correcta con la misma prominencia consistiría en la reparación del mismo.

Sobre este particular Bustamante Alsina profundiza al explicar la obligación que se le impone al agravante de publicar con la misma prominencia la rectificación.

Igualmente la persona que sufre daños psíquicos producto de la acción lesiva y se determina que a través de tratamientos especializados puede reponerse de sus sufrimientos, deberá ser reparada principalmente con la obligación de proporcionarle dicha atención.

Así tenemos que la finalidad de la indemnización es además de reparadora, satisfactoria o compensatoria.

3.5.2. Sanción: ante la dificultad de apreciar en dinero el agravio moral algunos autores señalan que la indemnización tiene una finalidad de sanción privada o de sanción pública. Esta posición es errónea ya que la acción es de tipo personal y no nace de un castigo de tipo civil o público sino de la obligación de reparar el daño causado.

Juan Lombardi explica en cuanto a la naturaleza de la indemnización que “efectivamente, tratándose de un resarcimiento y no de una pena, no se explica la razón por la cual ha de tenerse en cuenta la gravedad de la culpa para la determinación de aquel.”²²

La sanción privada no es tal, puesto que la naturaleza de la indemnización es una obligación de tipo civil en la cual se pretende restituir o reparar el daño causado, por tanto no es un castigo que se impone a una persona en beneficio de otra es meramente eso, una obligación civil.

²² LOMBARDI, Juan E. La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Panameño. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá. 1965. Pág. 270.

Por otra parte considerarla una pena pública es un error igualmente; la indemnización por daño moral es una acción de tipo personal y su titular es el titular del bien extrapatrimonial agraviado o cuya reparación se pretende.

Tanto es así que sólo es transmisible esta acción a los herederos cuando la víctima en vida ha iniciado la reclamación; por tanto no puede ser una sanción pública al ser su accionante y su destinatario un ente civil.

3.5.3. Reconocimiento del derecho vulnerado: señala que la condena a la indemnización del daño moral más que la pena pecuniaria en sí es un reconocimiento al derecho vulnerado.

En realidad, una condena sobre la base de una indemnización del daño moral causado, implica el reconocimiento de que una acción dañosa causada por un agente produjo el agravio a la víctima y es la propia ley la que señala que ante esta situación el causante del daño está obligado a repararlo. Lo que se reconoce es la protección otorgada al bien inmaterial y que se ha afectado. El reconocimiento de los derechos vulnerados no es otra cosa que la protección que la ley le ha dado a los bienes extrapatrimoniales de las personas que ha tutelado.

La categoría jurídica de daños morales deben ser objetos de la correspondiente reparación, de acuerdo a los principios más elementales de la responsabilidad que nos obligan a reparar todos los daños inferidos a nuestro prójimo.

Será el Juez quien deberá apreciar la gravedad de los hechos y acordar la correspondiente indemnización satisfactoria, guiándose en parte por las manifestaciones externas que el daño moral tenga en el afectado, aunque el es por esencia subjetivo.

Como ejemplo de infracción del contrato en que se pueda producir daños morales al acreedor tenemos todos aquellos en que se haya repercutido la integridad física de la víctima, así tenemos que una persona da un depósito remunerado a otra durante un viaje numerosos recuerdos de familia y le encarga especialmente el cuidado de ellos. El depositario incurre en un incumplimiento imputable de su obligación y ocasiona la destrucción de estos bienes. Podríamos decir en este caso que el incumplimiento contractual ha causado un daño moral.

Lo que realmente le interesa a toda persona lesionada, es que el perjuicio ocasionado a él, le sea reparado de una forma total por quien lo ha causado.

3.6. Cuantificación del Daño Moral

El daño moral en el sentido estricto de la palabra es irreparable. Sin embargo la ley reconoce en el sentido amplio, que al sufrir un agravio moral el causante tiene la obligación de repararlo a través de una indemnización regularmente en dinero, cuya finalidad es básicamente mitigar o ayudar a sobrellevar el dolor o el daño infligido.

Es importante señalar que le corresponde al juez cuantificar el daño moral en base al principio de la sana crítica que postula la experiencia y la lógica y tomando los criterios establecidos en el artículo 1644-a, del Código Civil.

La estimación del monto de la indemnización correspondiente es una de las dificultades más importantes que enfrenta el juez al momento de resolver.

De la doctrina, jurisprudencia y legislación hemos extraído algunos criterios que deben servir al juez, sin que esto excluya a otros, para estimar el monto de la indemnización. Estos criterios son la condición social de la víctima; la clase del daño; la condición social del agente; la equidad y la analogía, los cuales deben ser considerados de forma integral. Entraremos a analizar cada uno de estos en particular.

-La condición social de la víctima: la situación social de la víctima es un criterio que el juzgador debe tomar en cuenta para determinar el monto de la indemnización, no queremos decir con esto que la situación social establezca el derecho o no a la reparación.

Lo que se pretende con la indemnización, es tratar de mitigar el dolor o bien proporcionar satisfacción alguna al agraviado.

La situación social de la víctima como criterio va más allá, la pérdida de la mano de un pianista, causa un dolor mayor a la víctima de lo que causaría la misma pérdida a un futbolista.

En síntesis la situación social es un elemento en el cual se entran a considerar las situaciones personales de desenvolvimiento social y personal de la víctima, sobre las cuales ha incidido directamente y de forma cierta, el agravio causado.

-La clase de daño: los bienes que componen el caudal inmaterial de la persona son entre sí distintos y el agravio a cada uno de ellos produce efectos distintos en la víctima.

El agravio sufrido en la reputación debe tener una indemnización distinta al daño ocasionado en la consideración que de sí misma tienen las demás personas a causa de una desfiguración en el rostro. En este caso, entra en juego otro elemento relacionado con la clase de daño y es el que tiene que ver con la duración del mismo, la desfiguración acompañará a la víctima por el resto de su vida, mientras que el daño a la reputación se pudiera decir que es de tipo temporal.

Por otra parte la clase del daño nos permitirá hacer un acercamiento sobre la intensidad del mismo.

-La condición social del agente: al utilizar este criterio para establecer el monto de la indemnización debemos tener en cuenta, que no quiere decir que porque el causante del daño tenga más dinero que otro deba pagar más.

La intención de utilizar este criterio es establecer si por razón de sus posibilidades económicas en el desarrollo de la actividad que causó el daño, el

agente hubiera podido tomar más medidas de las que tomó para prevenir el daño causado.

El criterio de la situación del causante debe servir para permitir que la indemnización no sea ilusoria es decir que pueda ser cumplida.

-La equidad: los ordenamientos jurídicos modernos cada vez más permiten al juzgador valerse de los medios que considere adecuados para traer al proceso la verdad material más que la formal. La finalidad de esto es que los fallos que se dicten cada vez sean más justos.

En la indemnización del daño moral el criterio de la equidad entra en muchos casos a tener una especial importancia. La equidad suele aplicarse cuando el juzgador no ha podido determinar el monto de la indemnización por los medios regulares de prueba o por lo menos no ha podido determinarla con exactitud. Es en este momento en el que la equidad debe servir al juez. En la doctrina se conoce como la evaluación “ex aequo et bono”, lo que quiere decir que se debe evaluar con equidad.

-La analogía: finalmente debemos señalar que, para que exista una uniformidad de criterios, el juzgador debe considerar fallos anteriores que versen sobre situaciones similares, para establecer el monto de la indemnización.

A pesar que cada caso de daño moral encierra sus particularidades y que debe ser analizado en forma individual, agravios causados a los mismos bienes inmateriales deberían dar lugar a indemnizaciones por lo menos similares.

Esto nos lleva a la necesidad de que exista jurisprudencia accesible tanto para el juzgador como para las partes, tanto nacional como extranjera, que nos permita llegar a la aplicación de la justicia.

3.6.1. Valuación del Daño Moral

Cuando expresamos valuación del daño, nos referimos a la determinación por parte del juez, quien debe fijar el monto monetario, con el que se debe reparar, en el evento de que no sea posible la reparación en especie del perjuicio ocasionado por el supuesto responsable, quien ha obrado en contra del orden jurídico y por tal comportamiento, ha ocasionado daños a un tercero.

Existen tres formas de valoración del daño moral, los cuales son: la legal, la convencional y la judicial.

3.6.2. Valuación Legal: la valuación legal del daño moral está claramente establecida en el artículo 1644 a, del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 1644-A. Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado

daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual. Si se tratare de responsabilidad contractual y existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al Artículo 1645 del Código Civil.

Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.”

3.6.3. Valuación Convencional: consiste en una cláusula de responsabilidad estipulada por la víctima y el victimario, a fin de regular el monto de la indemnización. Las partes con anterioridad han avaluado los posibles daños y los que pudiesen ocasionar.

3.6.4. Valuación Judicial: es aquella que proviene del juzgador, tomando como fundamento las pruebas en el proceso, así como las circunstancias del caso en concreto.

Ahora bien, siempre y cuando la víctima no pueda probar la cuantía o importe de los perjuicios sufrido, le corresponde entonces al juez, decidir utilizando la equidad y la analogía, a fin de estimar el valor de los daños que se hubiesen acreditado en el juicio. Y tras señalar según la prudencia una suma equivalente, como indemnización, por el hecho de no existir dentro del proceso base suficiente, podrá fijarlo por medio de peritos, ya sea, daño material o moral.

Para la realización de esta tasación el juez debe tomar en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos, productos del hecho ilícito.

En entrevista con la Juez Lina Elisa Castro De León, del Juzgado decimoquinto de Circuito de lo Civil, nos refiere que la cuantificación del daño moral, es muy difícil de calcular.

La Juez Castro nos señala, que para cuantificar el daño moral no existe ninguna tabla, y que el Juez utiliza la sana crítica y las pruebas, para calcular el

daño moral, es decir que las pruebas tienen que estar bien acreditadas, ya que nos ayudan a establecer que efectivamente existe el daño moral y a poderlo cuantificar.

En un principio la cuantificación del daño moral se establecía en un mínimo de B/.3,000.00 dólares, con el transcurrir de los años esa cifra va en aumento, tanto es así que el 50% de las demandas en la jurisdicción civil, incluyen en sus demandas el daño moral.

Nos indica la Juez, que lo complicado de cuantificar el daño moral, es que no se le puede poner precio a los sentimientos y que nuestro sistema panameño, nos señala que tenemos que probar lo que estamos pidiendo, con respecto al daño moral, en las demandas que se presentan en la vía Civil.

En algunos casos, el daño moral es irreversible, y la persona afectada es necesario que sea evaluada por psicólogos y siquiátras dependiendo de la situación de cada persona.

Para finalizar la Juez Castro, nos expresa que los jueces son los únicos encargados de cuantificar el daño moral, claro está a través de la sana crítica y las pruebas pertinentes en el proceso, y además que sus fallos se basan en derecho y utilizan la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia panameña para cuantificar el daño moral.

3.7. Prueba del Daño Moral

Es importante destacar que el daño moral queda integrado por todas aquellas manifestaciones psicológicas, afectivas, emocionales o íntimas que sufre el perjudicado como consecuencia del acaecimiento de una conducta ilícita, y que no son constatables de forma directa en el ámbito económico del perjudicado. El daño moral estará comprendido por cierto deterioro de los elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desarrollo cognitivo o emotivo del ser humano, extendiéndose a todo agravio que sufre la dignidad, honorabilidad, integridad física o cualquier elemento que pudiere alterar la normalidad de las facultades mentales o espirituales de una persona física.

Es por ello, que el daño moral se traduce en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y los padecimientos provocados a la víctima por el evento dañoso, constituye una modificación en el desarrollo de su capacidad de entender, querer o sentir que, anímicamente, actúa como un perjuicio, desequilibrio o pérdida de aptitudes o expectativas de la persona perjudicada.

3.7.1. Estado actual

Con respecto a la prueba de daño moral en la actualidad, no existe un criterio uniforme entre la jurisprudencia y la doctrina en cuanto a si se debe acreditar o no la prueba del daño moral, no existe una única opinión que resuelva el tema, así como tampoco existe una unificación entre la denominación de daño moral.

Es preciso señalar que la jurisprudencia en diversos países, establece que el daño moral no ha de probarse, debido a la dificultad de la misma, y que es

netamente subjetiva y su fundamento se centra en la naturaleza afectiva del ser humano, y por lo tanto la apreciación de este debe estar sometida netamente a lo que decida el juez, por lo tanto no es necesario que se acredite el daño moral, está vinculada con la doctrina antigua, el cual seguía esta misma concepción, a la vez en base al daño ocasionado entonces corresponde al juez establecer el quantum indemnizatorio en base al daño ocasionado.

En países como Argentina y México la doctrina ha sido uniforme, al señalar que el daño moral debe acreditarse, mientras que la jurisprudencia ha tendido a invertir el peso de la prueba, bastando con la sola acreditación de la ocurrencia de un hecho que ha causado daño a otro que tenga la entidad de causar daño moral, para que este se presuma.

Podemos indicar, que en México, se ha impuesto en la jurisprudencia la tesis de la comprobación objetiva del daño moral y no la subjetiva, lo cual implica que basta la demostración de la relación jurídica que vincula al sujeto activo con el agente pasivo o agraviado y la existencia de un hecho u omisión ilícitos que lesione uno o varios de los bienes que tutela la figura. Entonces, no se requiere la justificación de la existencia efectiva, ni la extensión o gravedad del daño.²³

De igual manera se manifiesta en Argentina Juan Carlos Rezzonico, quien expresa que lo único que sería necesario acreditar en los procesos en que se

²³ PEREZ FUENTES, Gisela. "El derecho de daños en México," en Revista Anales de Derecho UC, temas de responsabilidad Civil, Vol1, Santiago Chile, 2006

solicite esta partida, es “el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho accionante”.

Señalan Mosset Iturraspe y Novellino, que el daño se puede presumir o inferir en los casos que éste surja notorio de los hechos; “Son los hechos los que hablan y dicen el daño. La muerte del padre, del hijo o del esposo, la que evidencia el daño moral (dolor).²⁴

3.7.2. Motivos procesales que obligan a probar el daño moral en el proceso

En la esfera del derecho procesal se presentan diversos factores que hacen imperativa la prueba del daño moral en el proceso civil.

Es por ello, que existen aspectos gravitantes que permiten afirmar con soberana seguridad, que la prueba del daño moral, es un imperativo absoluto.

Es necesario destacar la necesidad de fundamentación de las sentencias que pesa sobre el juez y el derecho a defensa.

El derecho al debido proceso también contempla el derecho a defensa, derecho que en materia probatoria implica, a su vez, la posibilidad de presentar pruebas de descargo. En consecuencia, el derecho al debido proceso, en sus dos acepciones aludidas, en tanto derecho a una sentencia motivada y derecho a defensa, exige necesariamente la rendición de prueba sobre cualquiera de los

²⁴ SALAS, FEMENÍAS, Jorge, Notas sobre la prueba del Daño Moral en la Responsabilidad Civil.

extremos que se pretenda reparar, la prueba del daño moral se constituye así en una garantía en contra de la arbitrariedad judicial.

Señala la doctrina procesalista, que los jueces se encuentran obligados a justificar sus decisiones y no sólo a explicarlas, lo cual implica que deben dar razones que confieran plausibilidad a estas, de manera que aquello que resuelvan se adecúe a los criterios de la lógica jurídica.²⁵

El derecho a defensa, dentro del amplio abanico de derechos, que este envuelve, importa destacar para estos efectos, uno que resulta particularmente gravitante, esto es, el principio de la bilateralidad de la audiencia.

Las partes deben tener la posibilidad de rendir prueba en el proceso que permita desvirtuar una determinada petición realizada por un demandante ante los tribunales de justicia. Resulta lógico por tanto, que el demandado a quien se imputa la comisión de un hecho ilícito que ha ocasionado supuestamente un daño moral, tenga la posibilidad de acreditar que dicha consecuencia jurídica no se ha verificado.

Podemos señalar que las partes ejercen sus acciones y excepciones de forma adecuada, exponiéndole al juez los hechos pertinentes para formar su convicción en torno a la procedencia o no de la indemnización por esta partida.

Se entiende que el principio de la reparación integral del daño, está orientado a permitir la reparación de toda clase de perjuicios, la exigencia probatoria del

²⁵ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Tribunal, Jurisdicción y Proceso*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile: 1994. Pág. 299.

mismo deviene también como condición necesaria, que aquello que se pretende reparar resulte probado. Otra cosa supondría utilizar la institución punitivamente, y aunque no resulta pacífico sostener que la responsabilidad civil tiene únicamente una función reparadora, el daño sigue constituyendo un presupuesto indispensable de la obligación de indemnizar perjuicios.

El principio de reparación integral en relación con la función reparadora que se le reconoce a la responsabilidad civil, no solo no puede servir para relajar la exigencia probatoria; sino que muy por el contrario, se constituye en fundamento ineludible de la exigencia de prueba del daño moral.

Podemos decir, que el principio de congruencia, está constituido por la exigencia de que la evaluación se fundamente en antecedentes objetivos, en el sentido de que el juez no sólo debe explicitar los criterios de evaluación utilizados, sino además, debe ponderarlos a partir de los antecedentes que se encuentren presentes en el proceso y respecto de los cuales se haya rendido prueba.

3.7.3. Motivos de orden sustantivo que obligan a acreditar el daño moral

Es importante señalar que fuera del ámbito procesal, se ha dicho que la exigencia de probar la existencia del menoscabo moral es un imperativo del que

el juez no puede librar a las partes, pues el daño es un hecho excepcional y por consiguiente de aplicación restrictiva.²⁶

Es por ello, que se ha negado la existencia de daños morales evidentes, y se han desarrollado un plexo de requisitos que deberían reunirse y ser probados para que el menoscabo moral pueda ser indemnizado, entre los cuales destacan: la legitimación activa; la culpa o el dolo; la relación de causalidad; la capacidad, la existencia efectiva de un daño con características de daño moral; y por algunos las pericias psicológicas si proceden y; la adecuada fundamentación de la ponderación de pruebas indirectas.

El mecanismo de la presunción del daño moral, es perfectamente factible, en tanto sean las partes las que proporcionen al juez, los hechos que le permitan a partir de un hecho conocido, el hecho fáctico proporcionado por el actor, arribar a uno desconocido y pretendido, como lo es, el daño moral que pueda haber sufrido el demandante.

Por lo demás permitiría moderar las nefastas consecuencias a las que habría de arribar la cuestión, particularmente en materia de indemnización por rebote, por cuanto será necesario acreditar la relación real o el vínculo afectivo verdadero entre la víctima y sus familiares.

Para cuidar la función que el moderno derecho de daños atribuye a la responsabilidad civil, en tanto la mirada y el acento han sido puestos en la

²⁶ FUEYO LANERI, Fernando. *“Capítulo II, La Resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad”*. En su: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile: 1990. Pág. 106.

víctima, atendiendo en consecuencia a su reparación, más que al reproche que habrá de hacerse al victimario, es gravitante hacer notar que lo que se requiere no es una prueba exacta de los perjuicios sufridos por la víctima, sino que se proporcionen los medios probatorios suficientes que permitan formar convicción en el sentenciador de que se ha padecido un perjuicio de esa naturaleza.

En ese sentido, se trata de que el juez al momento de apreciar y valorar la prueba flexibilice su labor, lo cual es completamente diferente a señalar que él tenga facultades para excluir la prueba del daño moral o para presumirlo sin más antecedentes.

3.7.4. Medios probatorios necesarios para acreditar el daño inmaterial

Las partes deben rendir una prueba capaz de producir en el juez la convicción necesaria, para que éste dé por acreditado los hechos constitutivos del daño moral que se alega, por ello se dice pertinente y útil, resulta sencillamente incontrovertible; de allí que se hable de medios probatorios idóneos.

Es necesario, hacer notar que respecto a los medios idóneos para probar el daño moral, el concepto que se tenga de daño moral, influirá decisivamente en la materia.

Lo que resulta claro, es la necesidad que tiene la víctima de aportar los antecedentes necesarios para que el juez pueda formar su convicción respecto la procedencia del daño moral. Para lo cual, al no existir una regla especial que

limite los medios probatorios para este tipo de daños, caben todos aquellos señalados por la ley.

Las partes podrán valerse para acreditar la procedencia o no procedencia del daño moral invocado por una de ellas, de la prueba documental, pericial, testifical, y la prueba en base a presunciones.

Con respecto a la prueba documental, esta será de gran ayuda, por ejemplo, para el caso de acreditar lesiones corporales, en el caso de los informes médicos o bien con medios fotográficos. Igualmente servirá para acreditar daño moral en los casos de indemnización de víctimas por rebote, mediante las partidas de nacimiento o matrimonio, que acrediten la relación de parentesco o el estado civil de casado o viudo de la víctima.

En el caso del informe de peritos, las pericias de carácter psicológico pueden servir para acreditar la intensidad el daño. Asimismo, proporcionarán una importante herramienta al sentenciador para efectos de la valoración del daño moral. Los informes evacuados por profesionales médicos, son sustanciales a la hora de definir el daño moral como *pretium doloris*, por cuanto permitirán formarse una idea más o menos clara de cuál es el real estado psicológico de una víctima. En todo caso, valga la advertencia de que los informes periciales, en general, son simplemente ilustrativos, que tienen el valor probatorio de las

personas designadas y por eso su valor probatorio se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica.²⁷

Es preciso destacar, que la prueba de presunciones, constituye uno de los llamados resquicios solidaristas consagrados dentro del sistema probatorio, y queda de manifiesto su importancia respecto de aquellas materias en que, como es el caso del daño moral, la prueba directa es extremadamente compleja. Su utilización permite armonizar de mejor manera los principios que fundamentan la exigencia de prueba de esta clase de perjuicio con el principio de reparación integral.

La prueba basada en presunciones, es sin lugar a dudas una herramienta probatoria importante al momento de acreditar el daño moral. Ahora, es imperativo que las partes proporcionen los antecedentes necesarios al sentenciador, que le permitan a través de hechos conocidos y probados, arribar a otros desconocidos que se han de presumir. El juez, podrá perfectamente utilizar este medio probatorio respetando el silogismo básico que su utilización presupone, en donde la premisa mayor estará constituida por el hecho ilícito, la premisa menor por todos los antecedentes que permiten acreditar que efectivamente se ha padecido un daño moral, y la conclusión que será en definitiva la existencia del daño moral.

²⁷ **DIEZ DUARTE**, Raúl. *De la prueba del contrato*. Editorial Jurídica Consultado. Santiago, Chile: 1997. Pág. 174.

Es por ello, que la premisa mayor estará constituida por los lazos familiares, o por la pérdida de un miembro, el menoscabo al honor u otro interés, premisa que es obtenida mediante un razonamiento inductivo. Por otro lado la conclusión será el daño moral, de manera que los jueces no pueden unir la premisa mayor a la conclusión inmediatamente, porque suponen que la pérdida de un familiar o un miembro provoca un perjuicio no patrimonial, antes por el contrario deberán elaborar la premisa menor, constituida por todos aquellos antecedentes de los que puede deducirse mediante un proceso racional de apreciación probatoria, la existencia efectiva del daño moral en cuestión.

3.8. El Daño Moral en el derecho comparado

3.8.1. Daño Moral en Chile

Al respecto el Código Civil chileno en su artículo 2314 y 2329, establecen el principio general de reparación de daños morales y materiales, siendo así nos permitimos la transcripción del mismo:

Artículo 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Asimismo el artículo 2329 nos dice:

Artículo 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta.

Es entonces que se le ha dado la labor a los jueces de crear la definición de daños morales, su extensión y su cuantificación.

De lo transcrito se deriva que los chilenos aceptan la reparación en dinero, cuando hace referencia a la indemnización. De este modo en Chile, la idea de daño moral, pretium doloris, molestias sufridas por el hecho dañoso, son rubros indemnizables, y su apreciación es libre por los jueces en su existencia y en el monto de la indemnización.

3.8.2. Jurisprudencia de Chile

DAÑO MORAL (Corte Suprema 16 de diciembre de 1922, RDJ t. 21, sec. 1ª, p. 1053).

El primer caso en el que explícitamente se defiende la resarcibilidad del daño moral acoge la demanda de un padre por el dolor causado por la muerte de su hijo de ocho años accidentado por un tranvía (C. Sup. 16 de diciembre de 1922, RDJ t. 21, sec. 1ª, p. 1053). La jurisprudencia será pródiga en otorgar indemnización al cónyuge o a los familiares más directos de la víctima, sobre todo por la muerte de la víctima principal. Es el llamado daño moral por repercusión o rebote. Pero no sólo los familiares afectados por la pérdida de la víctima de un accidente son resarcidos por el daño moral sufrido.

La misma víctima directa puede demandar la reparación del daño moral por los sufrimientos, angustias y dolores sufridos por causa del delito o cuasidelito que le haya afectado si ha sobrevivido al accidente. “En ambos casos el daño

moral será conceptualizado en su vertiente emocional, como sufrimiento psíquico y consciente (*pretium doloris*). La Corte de Apelaciones de Santiago dirá así que “el daño moral consiste en la aflicción o dolor que experimenta una persona como consecuencia de un hecho que tiene la virtud de afectarla en su espíritu como consecuencia, en la especie, de la pérdida de un ser querido, lo que es totalmente indemnizable” (C. Stgo. 26 de mayo de 1987, GJ N° 83, p. 91). La Corte Suprema por su parte afirmará que “el daño moral consiste en el dolor psíquico y aún físico, o sea, los sufrimientos que experimenta una persona a raíz de un suceso” (C. Sup. 13 de noviembre de 1997, GJ N° 209, p. 80).

La jurisprudencia chilena no solo toma en cuenta el dolor o sufrimiento producido a las personas, sino que también toma en cuenta el daño patrimonial ocasionado debido a lo que esta persona en vida dejó de producir, o no logro a producir para el bienestar familiar, entendiéndose el daño moral no solo como sufrimiento si no algo más allá del dolor ocasionado.

La jurisprudencia ante un ilícito que produce la muerte o las lesiones de la víctima suele conceder indemnización por tres conceptos: a) por daño emergente, que básicamente consiste en los gastos médicos acreditados en el proceso y que hayan sido cubiertos por el demandante; enseguida, b) por lucro cesante, que se hace consistir en la pérdida de la ganancia que le hubiera reportado a la víctima el proseguir con su actividad normal si no hubiera ocurrido el hecho dañoso; y finalmente, c) por daño moral apreciado en la amargura, depresión, dolor o pérdidas espirituales que el accidente le ocasiona a la víctima

directa o a sus familiares. Es la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia chilena: la muerte o lesiones son indemnizadas como daño patrimonial indirecto y como daño moral entendido en su versión clásica de *pretium doloris*.

3.8.3. Daño Moral en Colombia

Se ha señalado que el daño moral se encuentra registrado por vez primera en la jurisprudencia Colombiana del 21 de julio de 1922, en donde la Corte manifestó: “que el demandante había sufrido daños morales porque al trasladar los restos de su difunta esposa y depositarlos en una fosa común las autoridades del cementerio habían actuado negligentemente, causándole pena y congoja que constituye un perjuicio moral.”

De la sentencia antes esbozada se vienen creando los lineamientos de daño moral en la jurisprudencia Colombiana, al establecer que no solo los daños patrimoniales, sino también las afectaciones al honor y demás son susceptibles de resarcimiento.

Con respecto al daño moral el derecho positivo colombiano establece en su Código Civil las siguientes normas:

Artículo 2341: El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

Artículo 2356: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...

Los artículos antes mencionados no reconocen directamente el daño moral, ni tampoco lo prohíben, sin embargo la jurisprudencia colombiana “ha clasificado los daños morales objetivados y daños morales subjetivados, los primeros se entienden como aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas, de las angustias o trastornos síquicos que se sufren como consecuencia de un hecho dañoso.”

Mediante sentencia de 5 de noviembre de 1942 la Sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia hace referencia a los daños morales objetivados, aun cuando el mismo no se encuentra expresamente señalado en el Código Civil.

“Algunas veces ese daño moral permanece en el orden subjetivo lesionado o quebrantando aquellos intereses morales. En otros casos la lesión llega a materializarse por sus manifestaciones exteriores. Esa Objetivación del daño moral, en cuanto pueda hacerse para darle realidad procesal jurídica, constituye daño moral y no material, porque el perjuicio moral se forma por la afectación de los intereses no económicos ya enunciados, aunque la lesión tenga manifestaciones objetivas.

De acuerdo con este principio es daño moral objetivado la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afectación y la depresión síquica, con el mismo origen que produce inhibición para el trabajo y que consecuentemente se refleja en el patrimonio material.”²⁸

²⁸ DÍAZ MO, Jaime. La Indemnización del Daño Moral en la Doctrina, la Jurisprudencia Nacional y Extranjera. Panamá. 2001. Pág.99

3.8.4. Jurisprudencia de Colombia

Daño Moral (STC 9153-2018, Bogotá, D. C., 18 de julio de 2018).

Amparo García Reyes y Yineth García Torres, formularon demanda contra la Cooperativa Multiactiva de Transportadores de Rioblanco Ltda. – Cootransrio Ltda., cuyo propietario es José Garzón Cruz y el conductor del vehículo de la empresa es Henry Varón Gaitán para que se les declarara solidaria y civilmente responsables de los perjuicios materiales y morales causados en accidente de tránsito donde resultaron lesionadas Amparo García Reyes y Yineth García Torres y en consecuencia ordenar pagarles la suma de \$2.074.942.334 a título de indemnización.

Las lesionadas en el accidente de tránsito, Amparo García Reyes y Yineth García Torres, tienen familiares con los cuales les une no sólo el parentesco sino también fuertes sentimientos, por tanto las lesiones sufridas les han causado gran dolor y aflicción a sus familiares, constituyéndose ésta circunstancia en un perjuicio moral difícil de reparar.

De otra parte, respecto al daño a la vida de relación, perjuicio cuyo resarcimiento reclamaron los hijos de Amparo García Reyes, este rubro se concede únicamente a la víctima directa del menoscabo a la integridad psicofísica, justamente como medida de compensación por la pérdida del bien superior a la salud, que le impediría tener una vida de relación en condiciones normales, de lo que se colige, que no son ellos los llamados a reclamar esta indemnización.

Tocante al daño moral, manifestó que examinados los argumentos expuestos por el a quo, salta a la vista que la sobredicha condena concierne al daño moral, ya que, las graves lesiones en sus cuerpos, sin lugar a dudas genera una pérdida de la autoestima de esas personas y repercute en su vida de relación con sus semejantes privándolas de muchas actividades para las que se sentían más seguras cuando no habían sufrido el agravio a su integridad, dado que ya no podrán realizar las labores que antes efectuaban, sufriendo perjuicio considerable, pues sus vidas han cambiado ostensible y negativamente por el accidente, sin desconocer que el sufrimiento, la preocupación y el trauma psicológico es más grande en la Sra. Amparo García Reyes, quien perdió una de sus extremidades inferiores, lo que genera serias dificultades para desplazarse especialmente en el campo, y a cada momento va a sentir la falta de esta parte de su cuerpo que le fuera amputada, de tal forma, que el accidente estará presente en la mayoría de las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que las víctimas tienen en el entorno personal, familiar o social y, además, se va a manifestar en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que aquellas deberán soportar o padecer.

Con ese entendimiento, debe la Sala complementar la providencia objeto de alzada, imponiendo a los demandados el pago de los perjuicios morales con base en la magnitud del daño irrogado a las pasajeras por los accionados, el cual, no es de poco monta si en la cuenta se tiene, no solo el dolor y la aflicción que indiscutiblemente genera el verse sin una extremidad y con una deformación

ostensible en el rostro de carácter permanente, sino también la angustia que naturalmente trae consigo el afrontar una a una las decisiones de los galenos que las atendieron y los complejos y delicados procedimientos médicos a los que debieron someterse, al punto tal que Amparo, según consta en el informe técnico definitivo emitido por el Instituto de Medicina Legal, requiere apoyo psicológico por la marcada depresión que adolece.

Y en efecto condenó a los demandados Cooperativa Multiactiva de Transportadores de Rioblanco Ltda. – Cootransrio Ltda., cuyo propietario es José Garzón Cruz y al conductor del vehículo de la empresa Henry Varón Gaitán, a pagar en concepto de daño moral a Yineth García Torres la suma de \$20.000.000 y a Amparo García Reyes la suma de \$30.000.000.

CAPÍTULO IV. EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

4.1. La Importancia de la Jurisprudencia para el Daño Moral

En cuanto a la importancia de la jurisprudencia en el daño moral, podemos decir que la misma es de mucho valor y trascendencia, toda vez que es en la jurisprudencia francesa que se encuentra el origen del daño moral; la jurisprudencia es el inicio del nacimiento de muchas de las nuevas figuras que surgen en la responsabilidad civil.

El Código Civil Francés, al igual que la mayoría de los códigos civiles no regulaban lo que se conoce hoy como daño moral, sin embargo éste fue desarrollándose a través de la jurisprudencia.

En relación a la aplicación del daño moral en el sistema francés, Carmen Domínguez Hidalgo señala citando a VELICIU lo siguiente: “Del mismo modo, el Derecho francés antiguo no desconocía esa índole de reparación sino que, por el contrario, hizo una larga aplicación de ese mismo principio. Prueba de ello son las variadas sentencias de los Parlamentos antiguos que recogían tal idea, como la de 3 de abril de 1685, según la cual: “Sabemos y todos los autores lo dicen que la reparación civil que se concede a las viudas por las muertes de sus marido es dada para enjuagar sus lágrimas y aportarles algunos consuelos a su dolor.” Como se puede observar en los antes transcrito que se hace alusión a los sentimientos de la víctima o en este caso de la persona legitimada.

La jurisprudencia Colombiana en Sentencia de 21 de julio de 1922 reconoce la existencia de un daño moral, al señalar “que el demandante había sufrido

daños morales porque al trasladar los restos de su difunta esposa y depositarlos en una fosa común las autoridades del cementerio habían actuado negligentemente, causándole pena y congoja que constituye un perjuicio moral.”

Entre los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de Colombia para sustentar la existencia de un daño moral en caso antes mencionado manifestó “ que el artículo 2356 del Código civil extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente.”²⁹

En nuestro derecho patrio el daño moral no estuvo regulado hasta que se emitió la Ley 18 de 31 de julio de 1992, que adiciona al Código Civil el artículo 1644-A que entra de manera específica a regular el daño moral, dicha norma señala que los daños comprenden tanto los materiales como los morales y define los daños morales como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada,

²⁹ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Itinerario Jurisprudencial del Daño Moral en Colombia. http://www.derechodelseguro.com.ar/Octubre_27_2012_ITINERARIO_MORAL_COLOMBIA_ObdulioVelasquez.pdf

configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

No obstante lo anterior es importante conocer cuál era el itinerario de nuestra jurisprudencia antes de entrada en vigencia la Ley 18 de 31 de julio de 1992.

Antes de la norma ut supra la jurisprudencia panameña negó el derecho a reparación de los daños morales al asegurar que “ni la legislación vigente hasta el 30 de septiembre de 1917, ni la que ahora rige, autoriza el computo del daño moral en la estimación de perjuicios...”³⁰ , con posterioridad este criterio fue variando al reconocer de manera cautelosa la existencia del daño moral, hasta que se introduce en la ley el daño moral propiamente reconocido.

De esta manera la jurisprudencia panameña fue viendo el tema referente al daño moral:

- En 1918 señaló la Corte Suprema que la legislación vigente para la época no autoriza el computo del daño moral.
- En 1969 se decía que había que demostrar el menoscabo de la fama, en la que se sugiere que el daño moral debe acreditarse con otras pruebas y no por mera suposición de la producción del daño.
- En 1982 la Corte ya reconocía el daño moral y señalaba que el quantum del mismo era establecido por la jurisprudencia y que no había razón para variarlo el cual consistía en la suma de B/. 3.000.00.³¹

³⁰ SALAS, Eligio, Jurisprudencia de La Corte Suprema de Justicia Sobre Daño Moral. Ponencia publicada en Noviembre de 2000.

³¹ AMAT, Octavio. Análisis de la Jurisprudencia Civil de los últimos 100 años. Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Posterior a la regulación del daño moral, la jurisprudencia se ocupaba ya no de determinar si se debe reconocer o no la figura de daño moral, sino que ve temas referente a la prueba del daño moral, la responsabilidad del estado, la legitimidad del actor, entre otras.

Por consiguiente es oportuno indicar que en cuanto a la prueba en el daño moral, en ocasiones la Corte Suprema ha manifestado que se presume la existencia del daño moral, al señalar que por ejemplo en el caso de una lesión ocurrida, basta con que se acredite la misma, con lo cual el daño moral queda demostrado. En ese sentido en Sentencia del 30 de mayo de 2003, sobre la prueba en el daño moral la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

“En primer lugar, esta Sala debe recordar la definición de daño moral que recoge nuestro Código Civil, en su artículo 1644 a., entendiendo que se trata de la "afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la configuración que de si misma tienen los demás". Es decir, que el daño moral es aquel que resulta de la violación de uno o varios derechos inherentes a la personalidad, como son: el honor, la reputación, la imagen, la fama, el decoro, la dignidad, la salud, la vida, la intimidad, etc.

Luego del examen de las consideraciones expuestas en el fallo impugnado sobre los medios de prueba que sirvieron para demostrar el daño moral que sufrió el demandante, a juicio de esta Corporación resulta acertado el análisis y la conclusión a la que arribó al respecto, ya que al haberse acreditado la lesión que sufrió la víctima del accidente, consistente en la pérdida de su ojo derecho,

sin lugar a dudas recae en su configuración y aspecto físico, lo que obviamente se traducen en la afectación de sus sentimientos psíquicos, tanto en su yo interno ocasionándole sentimientos desagradables (como tristeza, preocupación, angustia, intranquilidad , desasosiego, fracaso, mal humor, cólera, entre otros), así como también los llamados sentimientos de autovaloración y valoración, los primeros referentes a la consideración que tiene la persona sobre sí mismo (vergüenza, culpa, etc.), y los segundos relativos a la consideración que tienen los terceros sobre su persona (como repugnancia, desprecio, lástima).

En jurisprudencia de esta Sala se ha dicho que en estos casos de lesiones físicas, los medios de prueba que acreditan la severidad y magnitud del daño o trauma físico, constituyen al mismo tiempo la prueba del daño moral, ya que constituyen una alteración de su configuración y aspecto físico, por lo que necesariamente tienen que afectarse negativamente sus emociones y sentimientos psíquicos. En este sentido en fallo de 16 de junio de 1999, la Corte dijo:

" La sentencia cuestionada, sobre esta tema, tomó en cuenta lo declarado en el proceso por el Dr. LUIS CRESPO (v.fs.105-108), Cirujano Plástico que atendió a la menor afectada por la mordeduras del perro, el día del incidente. En ese sentido el tribunal fue enfático:

Si bien es cierto que el Dr. Crespo compareció como testigo y no como perito, en atención de su especialidad estaba autorizado, como lo hizo, para responder a preguntas relacionadas con la magnitud y severidad del daño que sufrió la víctima, por el ser el declarante una persona especializada (art.928 del C. Jud.).

De allí que también nos parezca razonable que de la declaración rendida haya podido deducir el sentenciador que a los demandantes les fue ocasionado el daño reclamado en este juicio.

Cuando en el art. 1644-A del Código Civil se explica lo que ha de entenderse por daño moral se le define, entre otras cosas, como aquella afectación que una persona sufre en sus sentimientos y afectos, en su configuración y aspecto físico, Pues bien, es innegable que, como producto de las mordeduras del perro, la niña April Barnes se le han producido tanto traumas físicos en su propio rostro como anímicos, cuya intensidad van a tener un carácter permanente. Igualmente, sobre los sentimientos y el afecto del padre de la víctima, también el incidente ha generado serias repercusiones. Acerca del daño moral esta Sala se ha pronunciado como sigue:

Sobre la prueba del daño moral se dijo en aquella sentencia:

"Pero, por encima de lo que hayan dicho los peritos empleados en el esfuerzo de demostrar que se produjo un daño moral en perjuicio de la parte demandante, es mucho más importante dejar sentado el criterio de que, cuando el agravio moral consiste en la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad de un sujeto, la mera demostración de la existencia de dicha transgresión constituirá, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral ocasionado. La prueba del daño moral surge o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso. Por ejemplo, el cónyuge no necesita probar que ha sufrido dolor

por la muerte de su esposo o esposa, ni el padre por la muerte de un hijo, cuando el deceso ha sobrevenido con motivo de un ilícito cometido por tercero."

El caso anterior pone de manifiesto que en cuanto al daño moral la jurisprudencia ha tenido un papel muy importante desde el origen de esta figura, como para entrar a determinar aspectos que no se encuentran establecidos en la propia ley, como se observa en el ejemplo que precede, la existencia del daño moral se prueba con los medios ordinarios, sin embargo en la jurisprudencia anterior reconoce la presunción de la existencia del daño moral con el solo hecho de demostrar la actividad ofensora, ya sea los vínculos de parentescos con la víctima.

4.2. Jurisprudencia de Panamá

4.2.1. Resumen de Jurisprudencia No. 1.

María del Carmen Muñoz de Chavarría y otros; Industrias Lácteas, S.A. y Moisés Quijada Meneses recurren en casación en el Proceso Ordinario de mayor cuantía propuesto por María del Carmen Muñoz Chavarría y otros contra Industrias Lácteas, S.A. y Moisés Quijada Meneses. P. Ponente: Harley J. Mitchell. Panamá, catorce (14) de agosto de dos mil quince (2015).

En el proceso ordinario propuesto por la Dra. Alma López De Vallarino, en nombre y representación de María Del Carmen Muñoz De Chavarría, del menor de edad Carlos Alfredo Chavarría Muñoz y Marta Eugenia Cárdenas Sáenz De Chang contra Industrias Lácteas, S.A. y Moisés Quijada Meneses, han

promovido ambas partes recurso de casación contra la sentencia de 7 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial.

La decisión que se impugna en casación, modifica la sentencia N°05 de 21 de enero de 2008, dictada por el Juzgado Segundo del Circuito de Veraguas, Ramo Civil, mediante la cual se condena a los demandados solidariamente a indemnizar a los actores por la suma de \$.1,392,640.00, en concepto de daños y perjuicios. La modificación del *ad-quem* recae sobre la cuantía del daño material y lucro cesante que corresponde a los demandados pagarles en concepto de indemnización a los actores María Del Carmen Muñoz De Chavarría y Carlos Alfredo Chavarría Muñoz, así como sobre la reparación del daño moral, reconociendo tal derecho solo a favor María Del Carmen Muñoz De Chavarría, es decir, que excluye de la indemnización por daño moral a los codemandantes Carlos Alfredo Chavarría Muñoz y Marta Eugenia Cárdenas Sáenz De Chang, a quien además se le condena a pagar costas del proceso en favor de los demandados.

El daño moral, el Código Civil en su artículo 1644a lo define como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Podría decirse que en sentido estricto se refiere el precepto propiamente a aquellos perjuicios ciertos o existentes al momento de presentarse la reclamación de la indemnización

correspondiente. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia más reciente, con un criterio más amplio, el cual sigue la Sala, estima que dentro del daño moral indemnizable no solo ha de considerarse el perjuicio moral actual, sino también el daño moral futuro, es decir, aquel perjuicio que ha de experimentarse con posterioridad al ejercicio de la acción civil, siempre que con respecto al mismo exista certidumbre racional de que con posterioridad surgirá.

Esta precisión entre daño moral actual y futuro, conviene tenerla muy en cuenta en el caso tratado, en el que se discute si como consecuencia de la muerte de un progenitor puede un niño de escasos meses de nacidos sufrir un perjuicio moral. Sobre el particular la doctrina comparada, tratándose de daño moral actual o presente, niega la posibilidad que los recién nacidos sufran este tipo de perjuicio, sobre la base de que "están incapacitados para sufrir un agravio moral en razón de carecer los mismos de la receptividad necesaria para sentir el sufrimiento íntimo característico de tal especie de daño" (Roberto H. Brebbia. "El Daño Moral". 1967: pág. 241). La ausencia de una comprensión adecuada en el recién nacido del concepto de la muerte, hace impropio hablar en su caso de afectación emocional o psicológica actual. Ahora bien, tratándose de daño moral futuro el parecer de la doctrina y jurisprudencia comparada es contrario, es decir, que sostienen el criterio de que el infante sí puede padecer esta clase de daño, pues eventualmente al alcanzar el desarrollo intelectual suficiente, que le permita entender y, consecuentemente, sentir la ausencia de

su progenitor, es previsible el sufrimiento o afectación psicológica que ese vacío parental ha de producirle.

Este último criterio, lo recoge la jurisprudencia comparada, caso de la colombiana, en precedente que cita y comenta el civilista colombiano Velásquez Posada en el extracto de su obra que se permite la Sala transcribir:

"La Corte Suprema de Justicia en 1971 aplicando los principios generales de la reparación del daño concedió indemnización por daño moral futuro cierto a una infante de 10 meses de edad. La menor había perdido a su padre en un accidente y la Corte accedió a la reparación de daño moral futuro con los siguientes considerandos:

"La Corte... considera que la cónyuge de la víctima sufrió un gran dolor por su desaparición, pero que la menor ya que solo contaba con 10 meses de edad, no experimentó un dolor análogo, pero no deja de ser verdad que más tarde tendría que sentir una cierta pena por la falta de un padre. Debe admitirse que la menor también sufrió un perjuicio moral subjetivo por la trágica muerte de su progenitor, perjuicio que si bien es futuro, tiene la misma categoría de certeza que el material, el perjuicio futuro pero cierto es indemnizable". (Velásquez Posada, Obdulio. Itinerario Jurisprudencial del Daño Moral en Colombia, pág. 17).

Igualmente, se le reconoce carácter cierto al daño moral futuro con respecto al infante como consecuencia de la muerte de su progenitor, en otro precedente

que recoge la jurisprudencia comparada, dado que se estima que "en el caso de un menor, que a la época del accidente contaba con tan corta edad que ni siquiera conoció a su padre (un mes y días) es especialmente apreciable el dolor que habrá sufrido durante los años posteriores al ilícito, el cual se configura con la ausencia de protección y seguridad que indudablemente otorga la figura paterna, con los graves perjuicios espirituales y psíquicos que ello trae aparejado a lo largo de su crecimiento". (Precedente citado por Elena I. Highton y otros. "Cuantificación de Daños Personales. Publicidad de los Precedentes y Posibilidad de Generar un Baremo Flexible a los Fines de Facilitar Decisiones Homogéneas y Equilibradas", pág. 167)

Estima la Sala, en consecuencia, que puesto que los infantes con pocos meses de nacidos, como resulta apenas lógico suponer, no cuentan con la capacidad para comprender el hecho relativo a la muerte de su padre o madre, no puede concluirse que experimenten estos algún tipo de sufrimiento o afectación emocional o moral al momento de producirse dicho hecho. Por consiguiente, comparte la Sala el criterio del Tribunal Superior con respecto a negar la existencia del daño moral actual que reclama haber sufrido el codemandante Carlos Alfredo Chavarría Muñoz, ya que resulta conforme a la razón y la lógica inferir del hecho, que por demás consta en autos, de que al tiempo de producirse la muerte de su progenitor este contaba con apenas cuatro meses de nacido, que carecía de la facultad o conciencia para comprender tal suceso y, por tanto, de valorar la pérdida sufrida, así como del vínculo de apego o emocional con el progenitor, que permita hablar de la existencia de una

afectación emocional o psicológica cierta. De ahí que no deviene en arbitrario el razonamiento probatorio del tribunal en relación con los dictámenes periciales como consecuencia de lo cual le resta mérito de convicción con respecto al daño moral actual o presente del hijo de la víctima.

Situación distinta ocurre, empero, con el daño moral futuro del hijo de la víctima de homicidio, cuya evaluación o razonamiento fáctico expresado por el tribunal de la alzada para desestimarlos sí resulta ilógico. En la sentencia impugnada, pese a reconocerse que el hijo menor de edad de la víctima "sufrirá ante la ausencia de tener que formarse sin el apoyo de la figura paterna", desestima dicha pretensión sobre la base de que, "no en todos los casos necesariamente la muerte del padre de un recién nacido conlleva afectación a su vida ni las aspiraciones de la persona, ya que en algunos casos más bien lo motiva a llenar ese vacío dejado por el padre o la madre y se convierte en su estímulo adicional para seguir adelante".

Como viene indicado, una de las condiciones o presupuestos para el reconocimiento del daño moral futuro es la certeza de que el daño ha de producirse. Pues bien, sabido es que los padres son los pilares fundamentales para la formación adecuada de la personalidad de sus hijos. Por ende, resulta conforme a la razón inferir que la privación de la figura paterna o materna para un individuo a escasos meses de nacido, la cual deberá sobrellevar en todas las etapas de su crecimiento, constituye un gran vacío, que habrá de impactar su normal desarrollo personal, emocional y social, es decir, que en estos casos por

tratarse del padre del niño, es evidente que esa ausencia va a producirle a este a futuro un daño emocional.

La sentencia impugnada con base en la experiencia, podría decirse, para desestimar el daño moral futuro reclamado, sostiene que para algunas personas la pérdida de un progenitor no constituye impedimento para el logro de la superación personal o profesional. En concepto de la Sala, no es dable utilizar la superación personal como parámetro para desestimar en forma categórica y sin ningún sustento objetivo, además, la certeza del daño o afectación emocional futuro en el infante producto del vacío parental sufrido, ya que en principio, el hecho que una persona en tales circunstancias alcance la superación personal y profesional, no permite inferir que la misma no ha experimentado afectación moral por la ausencia de su progenitor. En tal razonamiento se soslaya, además, que adversidades del tipo señalado siempre suponen un coste o esfuerzo personal adicional para el logro del desarrollo personal y que, aun teniéndose por válida dicha inferencia, se trataría en todo caso de una excepción, que más bien viene a confirmar la regla. Por ende, mal puede extraer el juez de tales experiencias particulares conclusiones aplicables a la generalidad de los casos, salvo que la misma estuviera apoyada en evidencias que consten en autos que comprueben tal tesis, lo que no se aprecia.

Por otro lado, la certeza del daño moral futuro del recurrente encuentra respaldo probatorio en los medios de convicción que la censura estima erradamente valorados, concretamente se hace referencia a la evaluación

psiquiátrica practicada al menor Carlos Alfredo Chavarría Muñoz, por el Médico Psiquiatra Marcel I. Penna Franco, así como el dictamen rendido por la perito designada por el tribunal, la Psicóloga Donna Córdoba.

Tanto el Médico Psiquiatra y la Psicóloga, señalan que el menor de edad Chavarría Muñoz requiere atención psicológica, ya que todavía "le quedan etapas de desarrollo que cumplir y en las que la figura paterna juega un papel fundamental". De igual manera, en la evaluación psicológica del Doctor Eduardo Peña, indica con respecto al menor Chavarría Muñoz, que cuando muere su padre, no tiene este conciencia de "qué son sentimientos de seguridad ni protección por parte de su padre", pero que "puede presentar complicaciones del trastorno de las emociones por no contar con la presencia de su padre en el futuro".

En suma, pues, los elementos de pruebas examinados permiten establecer que el daño moral futuro reclamado por el codemandante Carlos Alfredo Chavarría Muñoz, reúne carácter de cierto, condición esencial para el reconocimiento de dicho perjuicio, como se ha indicado, por lo que desde esta perspectiva se incurre en error en el enjuiciamiento de las pruebas en cuestión, en el fallo impugnado.

También, en relación con el tema del daño moral futuro del codemandante Carlos Alfredo Chavarría Muñoz, pero ya en lo pertinente a la cuantía del mismo, se alega la errónea valoración de la prueba pericial rendida por los Contadores Públicos Autorizados Luis Chen González y Celia Rivera Carrión, quienes

determinan el monto de la referida indemnización en la suma de B/.1,500,000.00. Vale acotar, que este es un aspecto que, por comprobado el vicio de ilegalidad atribuido al fallo en relación con las pruebas del mismo, corresponde a la Sala analizarlo en la sentencia de reemplazo, que ha de dictarse como consecuencia de la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para subsanar el vicio de ilegalidad demostrado.

Finalmente, en lo atinente a la objeción de tipo probatoria planteada en el recurso con respecto al daño moral cuya indemnización reclama la codemandante María Del Carmen Muñoz De Chavarría, la cual guarda relación específica con la cuantía del mismo. El fallo recurrido en casación, el cual se deja citado *ut supra*, en este aspecto confirma la decisión del *a-quo*, que tasa dicho daño en la suma de \$.300,000.00, toda vez que la misma hace una correcta valoración de los medios de impugnación del expediente que versan sobre este extremo fáctico. El argumento de la censura se centra en que no se reconoce la suma establecida en los peritajes aportados al proceso, lo que *per se* no constituye tampoco un error de juicio. Se ha indicado ya, que el artículo 1644a del Código Civil en su último párrafo deja al juez la tarea de cuantificar el daño moral, para lo cual le establece varios parámetros, los que atienden a criterios de equidad y razonabilidad de la misma. La censura no alega ni mucho menos demuestra que la suma fijada incumple con tales parámetros legales, que pudiera llevar a la Sala a la consideración de que se ha incurrido en un error de enjuiciamiento fáctico en la cuantificación del daño. Tampoco encuentra la Sala que la evaluación que hace el fallo recurrido del hecho en cuestión y las razones

en que se basa para desestimar la cuantía que fija la prueba pericial que estima mal valorada la censura, resulta arbitrario o irrazonable, sino que, por el contrario, dicho aspecto es motivado de manera suficiente, sin que se aprecie arbitrariedad en el mismo, resultando en consecuencia infundada la objeción de la censura.

Como quiera que del recurso de casación propuesto por los actores se demuestran los cargos de ilegalidad que guardan relación con el reconocimiento del daño moral reclamado por Marta Eugenia Cárdenas De Chang y Carlos Alfredo Chavarría Muñoz, corresponde CASAR la sentencia recurrida, proferida el 7 de noviembre de 2008, por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial y actuando en calidad de tribunal de instancia, REVOCAR la sentencia N°05 de 21 de enero de 2008, proferida por el Juzgado Segundo de Circuito de Veraguas, el 21 de octubre de 2008 y en su lugar dictar sentencia de reemplazo.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

La labor de cuantificar el daño moral, constituye una de las que más dificultad suscita al juzgador, por el hecho de tratarse de un daño extrapatrimonial, es decir, que recae sobre bienes o derechos que no se pueden reponer, porque no circulan en el tráfico jurídico, tales como el honor, el dolor, la tristeza, etc. De ahí que, si bien el Código Civil utiliza la expresión reparación del daño moral (artículo 1644a), ha de acotarse que tal indemnización no cumple una función propiamente reparadora, como ocurre con el daño material, sino que constituye esta, más bien, una compensación económica por el perjuicio moral sufrido por

la víctima, según lo sostiene la doctrina mayoritaria. Por ende, al fijar la indemnización el juez no busca con ello reparar al demandante el derecho lesionado, es decir, retrotraerlo a la situación en que se encontraba antes de que se produjera el hecho causante del daño sufrido, pues el sufrimiento o afectación psicológico una vez tienen lugar, no puede borrarse.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de 7 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial en el proceso ordinario propuesto por la Dra. Alma López De Vallarino en nombre y representación de María Del Carmen Muñoz De Chavarría, del menor de edad Carlos Alfredo Chavarría Muñoz y de Marta Eugenia Cárdenas Sáenz De Chang contra Industrias Lácteas, S.A. y Moisés Quijada Meneses, asistida por la firma de abogados IGRA, y actuando como tribunal de instancia REVOCA la sentencia N°05 de 21 de enero de 2008, dictada por el Juzgado Segundo del Circuito de Veraguas, Ramo Civil, y en su lugar procede a dictar sentencia de reemplazo, por lo cual RESUELVE:

1. CONDENAR a los demandados Industrias Lácteas, S.A. y Moisés Quijada Meneses solidariamente a pagar a favor de los actores María Del Carmen Muñoz De Chavarría y su hijo menor de edad Carlos Alfredo Chavarría Muñoz la suma de NOVECIENTOS NUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES CON 40/100(\$.909,238.40), en concepto de daño material.

2. CONDENAR a los demandados solidariamente a pagar en concepto de daño moral a los actores María Del Carmen Muñoz De Chavarría, la suma de TRESCIENTOS MIL DÓLARES (\$.300,000.00); a su hijo menor de edad Carlos Alfredo Chavarría Muñoz, el monto de CUARENTA MIL DÓLARES (\$.40,000.00); y a Marta Eugenia Cárdenas Sáenz De Chang la suma de OCHENTA MIL DÓLARES (\$.80,000.00).

3. Las costas del proceso a favor de los actores se tasan en la suma de CIENTO DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES CON 40/100 (\$.102,238.40).

4. Las costas que deben pagar los actores a favor de los demandados, por razón de lo que dispone el artículo 1075 del Código Judicial, se fijan en la suma de SESENTA MIL DÓLARES CON 00/100 (\$.60,000.00).

4.2.2. Resumen de Jurisprudencia No. 2.

Demetrio Basilio Lakas recurre en casación en el Proceso Ordinario que le sigue Diamantis Papadimitriu Vasiliadis. Magistrado Ponente: Eligio A. Salas. Panamá, veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y ocho (1998).

El apoderado judicial de Demetrio Basilio Lakas, parte demandante en el proceso ordinario que le sigue a Diamantis Papadimitriu, ha interpuesto Recurso de Casación contra la resolución de 16 de octubre de 1996, proferida por el Primer Tribunal Superior, con la cual no accede a condenar al demandado.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

El presente caso se trata, como es sabido, de una demanda ordinaria interpuesta ante la jurisdicción civil por el Ingeniero Demetrio Basilio Lakas, ex Presidente de la República, contra el ciudadano Diamantis Papadimitriou Vasiliadis, a quien señala como el autor de una difamación que lo ha afectado en su honra, por lo cual pretende una indemnización que repare el daño moral que se dice provocado.

El planteamiento anterior nos obliga a fijar la atención en el debate doctrinal generado alrededor de la naturaleza y el alcance de la reparación de los daños morales; tema que no ha tenido un tratamiento uniforme en la jurisprudencia.

Frente a la reparación que devenga de daños morales y, más concretamente, de los que surjan como consecuencia de ataques proferidos contra el honor de las personas, cabe tener presente la distinción que existe entre la acción penal y lo que con ella se persigue, y la acción civil, en cuanto a cuáles son las finalidades de esta última. La acción penal o la querrela, aun cuando su utilización envuelva la reparación del daño, tiene ante todo un propósito, una pretensión, de carácter punitivo. La acción civil, en cambio, sustenta la pretensión resarcitoria con fundamento en las disposiciones pertinentes de la legislación civil, por ejemplo, en los artículos 1644 y 1644A y 1645 del Código Civil.

El resarcimiento debe entenderse como la reparación integral del menoscabo del interés ajeno y, desde ese punto de vista, se deben considerar antijurídicos todos los comportamientos contrarios a la Ley, aunque estos sean de carácter involuntario o hayan tenido lugar a través de las cosas o de los animales. Por igual motivo, en el caso específico de los actos ilícitos que no sean delitos o que no hayan sido calificados como tales por un tribunal competente, también se tiene que reputar como indemnizable el daño moral, siempre y cuando sea dable establecer con objetividad el grado de responsabilidad que le quepa a los ofensores.

Así, cuando el artículo 1644A del Código Civil establece que: "Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo ...", es claro que la referencia se dirige y comprende cualquier actividad reprobada o prohibida por el ordenamiento jurídico, o que implique la violación de un derecho ajeno, o el daño causado en la persona de otro, en sus bienes o en sus derechos.

No se debe suponer, como lo hace la parte demandada, que para que se pueda reclamar la reparación de los daños morales en un juicio civil por ofensas contra la honra se requiera que, de antemano, se haya producido una condena penal o que el ilícito constituya necesariamente un delito. En todo caso, en el Código Civil la cuestión fue zanjada con la aprobación de la Ley N° 18 de 1992, que modificó y adicionó el artículo 1706 de ese cuerpo legal en los términos que se transcriben a continuación:

"Artículo 1706: La acción civil para reclamar indemnización por calumnia o injuria o para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el Artículo 1644 del Código Civil, prescribe en el término de un año, contado a partir de que lo supo el agraviado.

...

Para el reconocimiento de la pretensión civil, en ningún caso es indispensable la intervención de la jurisdicción penal."

Una vez despejado este importante aspecto de la controversia, hay que adentrarse en el contenido concreto de lo que, según la parte demandante, configuró el acto que produjo el daño moral cuya indemnización se demanda.

No es preciso abundar sobre ese particular porque ya fue consignado en qué consistieron las imputaciones que el demandado formuló contra el demandante y las repercusiones que este hecho tuvo a través de un medio de comunicación social en donde se le diera amplia difusión a nivel nacional.

La parte actora de este juicio incorporó a los autos la prueba documental que demuestra que las imputaciones hechas en su contra no son ciertas, o sea, que las afirmaciones del demandado atribuyéndole el usufructo inmoral y gratuito de un inmueble perteneciente al Banco Nacional resultaron falsas.

La prueba documental con la que se acreditó el pago del canon de arrendamiento del mencionado inmueble, reposa en el expediente. El

documento está fechado el 12 de enero de 1990. Es de notar que el acto por el cual se le imputa al demandante una conducta impropia e inmoral se produjo el 21 de agosto de 1991, es decir, más de un año después de la cancelación de la deuda por el arrendamiento del local ubicado en el Piso 11 del Banco Nacional.

Por lo tanto, está concreta y materialmente demostrada la falsedad de los cargos formulados en contra del Ingeniero Demetrio Basilio Lakas por parte de su ofensor.

EL DAÑO MORAL

Se suele decir que el daño moral puede ser identificado como aquel que resulta de la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de derecho. La violación de cualquiera de esos derechos inherentes a la personalidad, el honor, la reputación, la fama, el decoro, la dignidad, la vida, la intimidad, etc., producirá repercusiones perniciosas en el ámbito moral del afectado, pudiendo también tener consecuencias indirectas sobre el patrimonio, dado el valor económico y productivo que no pocas veces tiene el bien que se procura tutelar: la personalidad.

Dos elementos se involucran siempre que se producen ataques que afectan el honor de una persona: el sentimiento que cada individuo tiene de su propia dignidad, o sea el honor en sentido estricto, o si se quiere, el sentimiento íntimo de vergüenza que todos somos capaces de sufrir cuando se nos ofende; pero,

cuenta también el representado por el aprecio y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades y de nuestro valor personal. Ambas cosas se deterioran y sufren cuando se produce un ataque contra la honra; por un lado, en lo que atañe a la intimidad y, por el otro, en lo que repercute sobre la imagen que en el seno de la sociedad proyecta el individuo.

Situado el acto que se juzga, en este caso la manifestación que hiciera el demandado contra el Ingeniero Lakas dentro del marco que se deja señalado, y comprobada la falsedad de lo afirmado, no encuentra esta Superioridad dificultad alguna en aceptar que, a resultas de ese ataque, vióse menoscabada y denigrada la personalidad del afectado, con el añadido de que la ofensa se divulgó públicamente, agravándose así los perjuicios que con la difamación se ocasionaron. Para todos los efectos prácticos, al Ingeniero Lakas su ofensor lo reputaba de inmoral y de delincuente y, con independencia de la exactitud de los términos empleados, muchos de los que llegaron a enterarse por la prensa de este episodio quedaron convencidos de que Demetrio Basilio Lakas era un malhechor que merecía pagar sus delitos y culpas con la cárcel.

En este proceso ordinario Demetrio Basilio Lakas ha demostrado a plena satisfacción de este Tribunal la falsedad de la imputación que se le hizo, acreditando que fue liberado de todos esos cargos, tanto en las encuestas penales que se adelantaron en su contra, como en la investigación que a propósito de lo dicho por Diamantis Papadimitriou se llevó a cabo en la Dirección de Recuperación Patrimonial de la Contraloría General de la Nación.

LA PRUEBA DEL DAÑO

Con la finalidad de probar el daño moral que se le ocasionó a la parte actora, en el juicio fue practicado un peritaje. Los peritos, el Dr. Frank Guelfi, médico psiquiatra, y el Profesor Roberto Núñez Escobar, educador, determinaron en su experticia lo siguiente:

"1. Las acciones realizadas por el señor Diamantis Papadimitriu han menoscabado los sentimientos, afectos, decoro, honor, reputación y vida privada del Ing. Demetrio Basilio Lakas, por tanto, las mismas le han causado tanto daño material como daño moral al demandante.

2. Los elementos afectados en la personalidad del Ing. Demetrio Basilio Lakas enumerados en la respuesta anterior son irreparables, mas sin embargo, los mismos son indemnizables conforme al adagio popular que dice que "LAS PENAS CON PAN SON MENOS" y por tanto estimamos que conforme a los derechos lesionados, el grado de responsabilidad del autor de la ofensa y la situación económica de las partes DOSCIENTOS CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.250,000.00) es la cuantificación con que debe ser indemnizado el Ing. Demetrio Basilio Lakas, sin que esta suma implique, insistimos en ello que el honor del mismo se pueda comprar con dinero, porque como dijo el célebre Cicerón "Nulla possessio, nulla vis auri et argenti pluris quam honestas aestimanda est (Ninguna posesión, ni suma alguna de oro y de plata, es más preciosa que la honestidad)".

Pero, por encima de lo que hayan dicho los peritos empleados en el esfuerzo de demostrar que se produjo un daño moral en perjuicio de la parte demandante, es mucho más importante dejar sentado el criterio de que, cuando el agravio moral consiste en la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad de un sujeto, la mera demostración de la existencia de dicha transgresión constituirá, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral ocasionado. La prueba del daño moral surge o aflora, inmediatamente, de los hechos que constituyen la actividad ofensora, pues el daño moral se presume por la sola realización del hecho dañoso. Por ejemplo el cónyuge no necesita probar que ha sufrido dolor por la muerte de su esposo o esposa, ni el padre por la muerte de su hijo, cuando el deceso ha sobrevenido con motivo de un ilícito cometido por tercero.

Cuando el legislador le otorga protección a los derechos inherentes a la personalidad y tutela esos bienes extrapatrimoniales, lo hace partiendo del dolor o sufrimiento moral producido normalmente por la lesión de los bienes personalísimos que sufre el afectado. Por lo cual, para tener derecho a una indemnización por la ofensa representada en una difamación, basta y sobra que la ofensa y la falsedad recaigan sobre la honra del ofendido, ya que ello es suficiente para arrojar sobre él, descrédito, odiosidad o desprecio.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

En la reparación del daño moral se conjugan o sintetizan la naturaleza resarcitoria que para la víctima tiene la reparación, con la naturaleza sancionatoria que con respecto del ofensor le impone a éste el deber de reparar las consecuencias del acto ilícito del cual es responsable. También es cierto que la reparación del agravio o daño moral debe guardar relación con la magnitud del perjuicio, el dolor o la afección que haya causado, sin dejar de tomar en consideración el factor subjetivo que pudo haberle servido de inspiración al infractor cuando cometió el ilícito. Son esos los factores recogidos por el artículo 1644A del Código Civil cuando señala:

"El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso".

Encontrar una adecuada proporción o equivalencia entre la reparación y el daño tratándose de la afectación de bienes extrapatrimoniales ofrece, como es natural, serias dificultades y exige del juzgador poner en juego sus facultades discrecionales de la manera más seria y prudente posible. Para, comenzar se debe considerar la gravedad objetiva de la ofensa y la extensión palpable del agravio. En ese sentido no puede pasar inadvertido que en el presente caso la difamación alcanzó niveles nacionales de divulgación, hasta el punto de que no

es extraño ni exagerado pensar que las acusaciones hechas contra el demandante continúan siendo hoy consideradas por muchas personas como ciertas y verdaderas.

Es importante no perder de vista la personalidad de la víctima quien merece respeto y consideración al margen de cualquier postura de índole política o partidaria, por haber desempeñado durante varios años el cargo de Presidente de la República. Esa circunstancia contribuye a agravar la conducta del ofensor.

También es procedente tener en cuenta que el autor del hecho ilícito es un comerciante u hombre de negocios, en capacidad de responder por una reparación que no tiene porqué ser meramente simbólica.

Como el daño moral ha afectado a la víctima en su decoro, en su honor y en su reputación, es procedente lo peticionado por la parte actora para que se ordene, con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, en un periódico diario de la localidad que tenga difusión a nivel nacional.

Aun cuando la Sala no comparte la opinión de los peritos que señalaron la indemnización que se merece el Ing. Demetrio Basilio Lakas fijándola en la suma de 250 mil balboas, en virtud de que no es admisible que la reparación se convierta en fuente de un enriquecimiento sin causa, si considera de justicia que se le reconozca al demandante el pago de una indemnización que, inspirándose en los principios de la equidad, sea suficiente para darle satisfacción al ofendido.

Desde ese punto de vista se estima que una indemnización adecuada en este caso puede ser fijada en la suma de CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.50,000.00).

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de lo Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la resolución de 16 de octubre de 1996, proferida por el Primer Tribunal Superior, en el proceso ordinario propuesto por Demetrio Basilio Lakas contra Diamantis Papadimitriou Vasiliadis y REVOCA la sentencia N° 45 de 17 de agosto de 1995 dictada, por el Juzgado Primero de Circuito de lo Civil, del Primer Circuito Judicial, y en su lugar:

1. CONDENA a Diamantis Papadimitriou Vasiliadis a indemnizar y reparar los daños morales causados a Demetrio Basilio Lakas, mediante el pago de la suma de CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.50,000.00)
2. ORDENA que se publique con cargo al responsable, en un periódico de la localidad con circulación nacional diaria, un extracto de esta sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y el alcance de la misma.

CONCLUSIONES

1. Para que el daño moral sea resarcible debe haber un vínculo entre el hecho dañoso y el detrimento o perjuicio moral sufrido por la víctima.

2. En cuanto al monto de la indemnización que va a recibir la persona agraviada no existe un monto específico, sin embargo nuestro derecho positivo señala que esta indemnización será determinada por el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima.

3. Es preciso señalar que el daño moral, consiste en la disminución de aquellos derechos personales del ser humano, que son de gran importancia para el mismo, al tratarse de sus sentimientos, de sus creencias y tranquilidad psíquica y a los cuales el derecho ha tenido a bien asignarle una reparación económica en virtud de su afectación.

4. En muchos países le ha correspondido a la doctrina y jurisprudencia ser el fundamento del daño moral, toda vez que eran pocas las legislaciones que regulaban esta figura.

5. Es importante destacar que hoy en día, es más fácil probar el daño moral, mediante psicólogos y especialistas en la materia.

RECOMENDACIONES

1. Recomendamos crear un curso especial sobre el daño moral, el cual sea impartido en todas las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de la República de Panamá.
2. Proponemos mayor divulgación sobre el contenido y alcance del daño moral, haciéndose énfasis en el derecho comparado.
3. Es importante introducir con respecto al daño moral, los criterios adoptados por la doctrina tanto nacional como extranjera.
4. Sugerimos que los abogados, incluyan la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia panameña, al momento de redactar sus demandas con relación al daño moral.
5. Es necesario destacar, que será imperativo acercar los conceptos doctrinarios a los jurisprudenciales e integrar estos a los primeros, sólo de esta manera será posible abrazar el ideal de justicia adecuado.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. (1987). De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Santiago de Chile. Imprenta Universal.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel. (1984). Obligaciones Civiles. México. Editorial Harla.

BERNAL LAZCANO, Gonzalo. (1994). La Responsabilidad Civil del Daño, derivado de la culpa o negligencia. Panamá.

BROWN, Modesto Eduardo. (1985). La Indemnización del Daño Moral en la Legislación Civil Panameña. Panamá.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. (1993). Teoría General de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot.

DÍAZ MO, Jaime. (2001). La Indemnización del Daño Moral en la Doctrina, la Jurisprudencia Nacional y Extranjera. Panamá.

ESCOBAR, Victor. (1962). El Daño Moral. Panamá.

JOSSERAND, Louis. (1950). Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ejea.

LOMBARDI, Juan E. (1965). La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Panameño. Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. (1998). Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

PÉREZ FUENTES, Gisela María. (2006). El Daño Moral en Iberoamérica, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. México.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. (1967). Tratado Elemental de Derecho Civil. Las Obligaciones. España. Biblioteca Jurídica.

REVERTE OLMOS, Manuel Augusto. (1982). El Daño Moral. Panamá.

SANTOS CASTILLERO, Sinthia Soraya. (1995). Indemnización del Daño Moral producto del trato cruel. Panamá.

SCLOPIS ALVARADO, Josefina. (1995). El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual. Panamá.

SCOGNAMIGLIO, Renato. (1962). El Daño Moral. Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual. Publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. (1990). De la Responsabilidad Civil. Tomo II. Colombia. Editorial Temis.

VALENCIA ZEA, Arturo. (1986). Derecho Civil. Tomo III de las Obligaciones. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. (2009). Responsabilidad Civil Extracontractual, Universidad de la Sabana. Colombia.

ZANNONI, Eduardo A. (1987). El Daño en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

TEXTO LEGAL

Código Civil de la República de Panamá, Edición Publicada por José Martín Moreno Pujol, Editorial Mizrachi y Pujol, S.A., Bogotá, Colombia, 2013.

LEYES

Ley No. 18 de 31 de julio de 1992, "Por la cual se modifican y adicionan disposiciones del Código Civil".

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS

Cruz Mejía, Andrés, La Responsabilidad Civil en el Código de Napoleón. La Base de su Estructura Dogmática. Revista de Derecho Privado No. 11, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr2.htm>.

AMAT, Octavio. Análisis de la Jurisprudencia Civil de los últimos 100 años. Centro de Documentación Judicial. Órgano Judicial de Panamá. <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/otras2-100ayosamat.pdf>.

FEMENÍAS SALAS, Jorge. Notas sobre la Prueba del Daño Moral en la Responsabilidadcivil. <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/16974/17700/>